

Bowman vs. el Reino Unido
(141/1996/760/961)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos



Raúl Ávila Ortiz
Francisco Javier Díaz Revorio
Comentaristas



Bowman vs. el Reino Unido
(141/1996/760/961)
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Bowman vs. el Reino Unido
(141/1996/760/961)
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**Raúl Ávila Ortiz
Francisco Javier Díaz Revorio
Comentaristas**



TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación

México, 2016

342.76539 Bowman vs. el Reino Unido. (141/1996/760/961). Tribunal Europeo de Derechos
G7 Humanos / comentarios de Raúl Ávila Ortiz y Francisco Javier Díaz Revorio. -- Primera
B254r edición. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.

144 páginas ; 22 cm. -- (Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras ; 11)

ISBN 978-607-708-397-9

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos -- sentencias. 2. Libertad de expresión -- Reino Unido. 3. Propaganda electoral -- usos y efectos -- Reino Unido. 4. Campañas electorales -- Reino Unido. 5. Mujeres -- suspensión de derechos político-electorales -- Reino Unido. 5. Derechos humanos. I. Ávila Ortiz, Raúl, comentarista. II. Díaz Revorio, Francisco Javier, comentarista. III. Serie.

Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras

Bowman vs. el Reino Unido

(141/1996/760/961)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Primera edición 2016.

D.R. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Carlota Armero núm. 5000, colonia CTM Culhuacán,

CP 04480, delegación Coyoacán, Ciudad de México.

Teléfonos 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinación: Coordinación de Jurisprudencia,
Seguimiento y Consulta.

Las opiniones expresadas en el presente número son responsabilidad exclusiva de los autores.

ISBN 978-607-708-397-9

Impreso en México.

Sala Superior

Magistrado Constancio Carrasco Daza
Presidente
Magistrada María del Carmen Alanís Figueroa
Magistrado Flavio Galván Rivera
Magistrado Manuel González Oropeza
Magistrado Salvador O. Nava Gomar
Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico y Editorial

Magistrado Constancio Carrasco Daza
Presidente
Magistrado Flavio Galván Rivera
Magistrado Manuel González Oropeza
Magistrado Salvador O. Nava Gomar

Dr. Álvaro Arreola Ayala
Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Dr. Hugo Saúl Ramírez García
Dr. Pedro Salazar Ugarte
Dra. Elisa Speckman Guerra

Dr. Carlos Báez Silva
Lic. Ricardo Barraza Gómez
Secretarios Técnicos

Presentación	11
---------------------------	----

Traducción de la sentencia

Bowman vs. The United Kingdom, (141/1996/760/961) Tribunal Europeo de Derechos Humanos	15
--	----

Comentarios

Bowman vs. el Reino Unido. Estado constitucional, garantismo y proporcionalidad en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos <i>Raúl Ávila Ortiz</i>	49
---	----

Peculiaridades de la libertad de expresión en periodo electoral. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de febrero de 1998, caso Bowman vs. el Reino Unido <i>Francisco Javier Díaz Revorio</i>	101
--	-----

En la Declaración de Principios sobre libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se establece que:

La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental, inalienable e inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática (CIDH).

Asimismo, en la Declaración de Chapultepec se estipula lo siguiente:

Solo mediante la libre expresión y circulación de ideas, la búsqueda y difusión de informaciones, la posibilidad de indagar y cuestionar, de exponer y reaccionar, de coincidir y discrepar, de dialogar y confrontar, de publicar y transmitir, es posible mantener una sociedad libre. Solo mediante la práctica de estos principios será posible garantizar a los ciudadanos y grupos su derecho a recibir información imparcial y oportuna. Solo mediante la discusión abierta y la información sin barreras será posible buscar respuestas a los grandes problemas colectivos, crear consensos, permitir que el desarrollo beneficie a todos los sectores, ejercer la justicia social y avanzar en el logro de la equidad. Por esto, rechazamos con vehemencia a quienes postulan que libertad y progreso, libertad y orden, libertad y estabilidad, libertad y justicia, libertad y gobernabilidad, son valores contrapuestos (OEA y CIDH).

Derivado de esto, en el mismo texto se acordó, en su principio 2, que “Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos” (OEA y CIDH).

La sentencia relevante de este número, *Bowman vs. el Reino Unido*, reviste especial importancia por el debate acerca del margen de apreciación que tienen los estados al realizar una ponderación entre el derecho a elecciones libres y a la libertad de expresión.

Como se argumenta en una de las consideraciones de la propia sentencia:

Las elecciones libres y la libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman juntas la piedra angular de cualquier sistema democrático. Ambos derechos están interrelacionados y operan en refuerzo del otro (TEDH 1998, párrafo 42).

A decir de Luigi Ferrajoli:

la historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo (Ferrajoli 2002, 54).

El caso Bowman ejemplifica estos movimientos sociales que repercutieron en la ampliación de los derechos humanos. Los hechos que dieron lugar a este importante precedente ocurrieron en Inglaterra, Reino Unido, en 1992. A Phyllis Bowman se le imputó haber violado la Ley de Representación del Pueblo de 1983, que prohibía el gasto de más de cinco libras esterlinas por parte de una persona no autorizada durante el periodo anterior a una elección, para la transmisión de información a los electores, con miras a promover o facilitar la victoria de un candidato.

En el periodo anterior a las elecciones parlamentarias de 1992, la señora Bowman coordinó la distribución de un millón y medio de panfletos en distritos electorales a lo largo del Reino Unido, incluyendo 25,000 copias de un panfleto que indicaba la postura de los candidatos del distrito electoral de Halifax acerca del aborto, a favor o en contra. Se ofrecían al lector las opiniones detalladas de diversos candidatos iniciando con la frase:

No le estamos diciendo a usted cómo votar, pero resulta esencial que usted tenga en cuenta lo relativo a las intenciones de voto de los Candidatos sobre el aborto y sobre el uso de embriones humanos como conejillos de indias (TEDH 1998, párrafo 12).

En consecuencia, Phyllis Bowman fue sometida a juicio en la Corte de Southwark Crown en 1993 y fue absuelta por la prescripción de la falta, dado que la consignación formal no se realizó en tiempo. Cabe mencionar que la prensa difundió el procedimiento, hecho que tendría repercusión en los alegatos formulados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el cual la acusada denunció que se había violado su derecho de libertad de expresión.

Bowman consideró que la restricción que contenía la Ley de 1983 era desproporcionada, porque no existía una necesidad social apremiante para impedir la difusión de información fáctica de la postura de los candidatos a ocupar cargos públicos respecto de importantes cuestiones de orden moral; por el contrario, era indispensable permitir que se expusiera en la agenda política antes de las elecciones.

Por su parte, el gobierno británico argumentó que la restricción era pertinente a fin de garantizar la igualdad entre los candidatos, asimismo, no existía ninguna prueba de que los panfletos de Bowman causaran la desventaja de algún candidato en particular, incluso por la información que contenían hubiera atraído la atención de tantos seguidores como oponentes, tal como los hay respecto de las diferentes políticas acerca del aborto.

En esta entrega Francisco Díaz Revorio realiza un minucioso análisis del contexto de la sentencia Bowman, describe los parámetros de la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y plantea los problemas de la libertad de expresión durante un periodo electoral y sus efectos en la equidad del proceso electoral. En su ensayo Díaz Revorio apunta:

es muy importante que pueda lograrse un contexto incluyente, en el que exista pluralismo político y social real, pluralismo informativo y mediático, y en el que se adopten medidas que impidan el oligopolio o las grandes concentraciones mediáticas. Por otro lado, la educación y la cultura de la población ayudarán también a evitar su manipulación por grupos políticos o mediáticos. [...] Cuanta más cultura y formación haya en una sociedad, y el acceso a la difusión de las informaciones y opiniones sea más igualitario y repartido, menos necesarias serán las prohibiciones o limitaciones legales que, para conseguir un fin legítimo, han de injerirse en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por su parte, Raúl Ávila Ortiz hace un amplio estudio de los nuevos paradigmas constitucionales: la revolución del Estado constitucional y la justicia electoral como garantía de la democracia, así como la evolución del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho. Por último, aporta una valiosa reflexión de la sentencia Bowman y la experiencia en México.

Con esta publicación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, por medio de la colección Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras, pone a disposición una valiosa herramienta para conocer criterios internacionales acerca de diversos sistemas políticos y constitucionales. Además, se contribuye al fortalecimiento de la función jurisdiccional y al conocimiento de precedentes significativos relacionados con la protección de los derechos humanos y los principios del sistema democrático.

*Coordinación de Jurisprudencia,
Seguimiento y Consulta*

Fuentes consultadas

CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Declaración de principios sobre libertad de expresión. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm>.

Ferrajoli, Luigi. 2002. *Derechos y garantías*. 3.^a ed. Madrid: Trotta.

OEA y CIDH. Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Declaración de Chapultepec.

TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1998. Sentencia Bowman vs. el Reino Unido (141/1996/760/961).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

BOWMAN vs. EL REINO UNIDO

(141/1996/760/961)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

19 de febrero de 1998

La presente sentencia está sujeta a una revisión de edición antes de su reproducción final en los *Reports and Judgments and Decisions* 1998. Estos reportes pueden obtenerse con el editor Carl Heymanns Verlag KG (Luxemburger Straße 449, D-50939 Colonia), quien también manejará lo relativo a su distribución en asociación con los agentes para determinados países según se enlistan en la página siguiente.

Lista de Agentes

Bélgica: Etablissements Emile Bruylant (rue de la Régence 67, B-1000 Bruselas)

Luxemburgo: Librairie Promoculture (14, rue Duchscher (place de Paris), B.P. 1142, L-1011 Luxembourg-Gare)

Países Bajos: B.V. Juridische Boekhandel & Antiquariaat
A. Jongbloed & Zoon (Noordeinde 39, NL-2514 GC's-Gravenhage)

SENTENCIA BOWMAN DEL 19 DE FEBRERO DE 1998
RESUMEN¹

Sentencia emitida por la Gran Sala

Reino Unido – procedimiento iniciado por la distribución de panfletos por parte de una activista en contra del aborto previo a la elección general (Ley de Representación del Pueblo de 1983, sección 75)

I. OBJECCIÓN PRELIMINAR DEL GOBIERNO (estatus de la demandante como “víctima”)

El juicio iniciado en contra del demandante -la indicación de que corría el riesgo de volver a ser procesada a no ser que modificara su conducta- en estas circunstancias ella podría argumentar una afectación directa por la aplicación de la ley y por lo tanto ser considerada como “víctima” conforme con el sentido del Artículo 25 §1 de la Convención.

Conclusión: se desestima el argumento (unánimemente).

II. ARTÍCULO 10 DE LA CONVENCION

A. Existencia de la restricción

La prohibición establecida en la sección 75 de la Ley de 1983 de realizar aportaciones mayores a cinco libras esterlinas por personas no autorizadas en propaganda, etcétera, durante el periodo de elecciones equivalía a una restricción a la libertad de expresión.

B. “Prescrita por ley”

La restricción estaba “prevista por la ley”.

C. Fin Legítimo

Protección de los derechos de terceros, principalmente de los candidatos a la elección y del electorado.

D. “Necesaria en una sociedad democrática”

Los estados tienen un margen de ponderación entre el derecho a unas elecciones libres y la libertad de expresión.

¹ Este resumen del registro no es vinculatorio para la Corte.

La Sección 75 de la Ley de 1983 operaba para efectos prácticos como una barrera total ante la publicación de información por parte de la demandante con miras a influenciar a los votantes a favor del candidato contrario al aborto –no es necesario el establecimiento del límite al gasto limitándolo a cinco libras esterlinas para garantizar la igualdad entre los candidatos- lo que considera desproporcionado.

Conclusión: violación (catorce votos contra seis).

III. ARTÍCULO 50 DE LA CONVENCIÓN

A. Daño no pecuniario: acreditado por la determinación de una violación.

B. Gastos y costas: reembolso parcial del monto reclamado.

Conclusión: El Estado demandado debe pagar la suma especificada a la demandante (unánime).

LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL REFERIDOS

6.11.1980, Sunday Times vs. el Reino Unido (no.1); 8.7.1986, Lingens vs. Austria;

2.3.1987, Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica; 26.10.1988, Norris vs. Irlanda

En el caso de *Bowman vs. el Reino Unido*²

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sesión de la Gran Sala, de acuerdo con el Artículo 51 del Reglamento del Tribunal A, integrada por los siguientes jueces:

Sr. R. BERNHARDT, Presidente,

Sr. THÓR VILHJÁLMSSON,

Sr. L.-E. PETTITI,

Sr. B. WALSH,

Sr. R. MACDONALD,

Sr. C. RUSSO,

Sr. A. SPIELMANN,

Sr. N. VALTICOS,

Sra. E. PALM,

Sr. A.N. LOIZOU,

Sir John FREELAND,

Sr. A.B. BAKA,

Sr. M.A., LOPES ROCHA,

Sr. L. WILDHABER,

Sr. D. GOTCHEV,

Sr. P. JAMBREK,

Sr. U. LÖHMUS,

Sr. E. LEVITS,

¹ Este caso está numerado como el 141/1996/760/961. El primer número es la posición del caso en la lista de casos referidos al Tribunal en el año de que se trate (segundo número). Los dos últimos números indican la posición del caso en la lista de casos referidos al Tribunal desde su creación y en la lista de las correspondientes demandas originadas para la Comisión.

² El Reglamento del Tribunal A aplican a todos los casos referidos al Tribunal antes de la entrada en vigor del Protocolo No. 9 (1 Octubre 1994) y a partir de ahí únicamente a casos con respecto a estados no vinculados por tal Protocolo. Corresponden al reglamento que entró en vigor el 1 de enero de 1983, según se reforman en varias ocasiones subsecuentemente.

Sr. J. CASADEVALL,
Sr. PVAN DIJK,

y también el Sr. H. PETZOLD, Secretario , y el Sr. P.J. MAHONEY, Secretario Auxiliar, Habiendo deliberado en privado el 25 de octubre de 1997 y el 29 de enero de 1998, Emite la siguiente sentencia, que adoptó en la última fecha mencionada:

PROCEDIMIENTO

1. El caso se refirió al Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos (la Comisión) y por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (“El Gobierno”) el 19 de octubre de 1996 y el 7 de enero de 1997 respectivamente, dentro del plazo de tres meses establecido por el Artículo 32 § 1 y el Artículo 47 de la Convención. Derivó en una demanda (no. 24839/94) en contra del Reino Unido interpuesta ante la Comisión de acuerdo con lo establecido en el Artículo 25 por la Sra. Phyllis Bowman, una ciudadana británica el 11 de marzo de 1994.

La solicitud de la Comisión se fundó en los Artículos 44 y 48 de la Convención y en la declaración por la que el Reino Unido reconocía la jurisdicción obligatoria del Tribunal (Artículo 46). El objeto de la solicitud y de la demanda del Gobierno era la obtención de una decisión respecto a si los hechos del caso constituían una violación por parte del Estado demandado de sus obligaciones de acuerdo con lo establecido por el Artículo 10 de la Convención.

2. En respuesta a la investigación realizada de conformidad con la Regla 33 §3 (d) del Reglamento del Tribunal A, la demandante señaló que deseaba tomar parte en los procedimientos y designó al abogado que la representaría (Regla 30).

3. La Sala a constituirse incluía *ex officio* a Sir John Freeland, el juez electo de nacionalidad Británica (Artículo 43 de la Convención), y al Sr. R. Bernhardt, el Vicepresidente del Tribunal (Regla 21 §4 (b)). El 29 de octubre de 1996, en presencia del Secretario, el Presidente del Tribunal, Sr. R. Ryssdal, obtuvo por insaculación los nombres de los otros siete miembros, en concreto el Sr. L.-E. Pettiti, Sr. B. Walsh, Sr. C. Russo, Sr. A. Spielmann, Sr. A.N. Loizou, Sr. M.A. Lopes Rocha y Sr. P. Jambrek (Artículo 43 *in fine* de la Convención y la Regla 21 § 5).

4. Como Presidente de la Sala (Regla 21 §6), el Sr. Bernhardt, fungiendo como Secretario, consultó al Agente del Gobierno, el representante de la demandante y el Delegado de la Comisión sobre la forma en que se llevaría a cabo el procedimiento (Reglas 37 § 1 y 38). De conformidad con el acuerdo emitido en consecuencia y la ampliación del plazo otorgada a solicitud del demandante a solicitud de la demandante, el Secretario recibió el memorando del Gobierno el 3 de junio de 1997 y el de la demandante el 18 de julio de 1997.

5. De conformidad con la decisión del Presidente, la audiencia se celebró de forma pública en el Edificio de los Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 27 de agosto de 1997. El Tribunal sostuvo una reunión preparatoria con antelación.

Comparecieron ante el Tribunal:

(a) *por parte del Gobierno*

Sr. D. BENTLEY, Oficina de Relaciones Exteriores y la Comunidad de Estados Agente,
Sr. D. PANNICK QC,
Sr. D. ANDERSON, Abogado,
Sr. R. CLAYTON, Oficina desde Casa, Consejero;

(b) *por parte de la Comisión*

Sr. L. LOUCADES, Delegado;

(c) *por parte de la demandante*

Sr. G. ROBERTSON QC, Abogado
Sr. D. PRICE, Abogado

El Tribunal atendió los argumentos del Sr. Loucaides, Sr.Pannick y Sr. Robertson.

6. Después de haber sesionado el 29 de agosto de 1997 la Sala decidió declinar su competencia a favor de la Gran Sala (Regla 51).

7. La Gran Sala a constituirse incluía *ex officio* por el Sr. Ryssdal, el Presidente de la Corte, y al Sr. Bernhardt, el Vicepresidente, junto con los otros miembros y jueces supernumerarios de la Sala original, siendo los últimos la Sra. E. Palm y Sr. J. Casadevall (Regla 51 § 2 (a) y (b)). El 30 de agosto de 1997 el Presidente,

en presencia del Secretario, obtuvo por insaculación los nombres de los nueve jueces adicionales requeridos para completar la Gran Sala, concretamente Sr. Thór Vilhjalmsson, Sr. R. Macdonald, Sr. N. Valticos, Sr. A.B. Baka, Sr. L. Wildhaber, Sr.D Gotchev, Sr. U. Lõhmus, Sr. E. Levits y Sr. P. van Dijk (Regla 51 §2 (c)).

8. Habiendo tomado nota del acuerdo del Agente del Gobierno y las opiniones concurrentes del Delegado de la Comisión y de la demandante, el Tribunal decidió el 25 de octubre de 1997 que no era necesario celebrar una nueva audiencia luego de la declinación de competencia por la Sala (Regla 38, concatenada con la Regla 51 §6).

9. Subsecuentemente, el Sr. Bernhardt reemplazó al Sr. Ryssdal, a quien no le fue posible tomar parte en el estudio del asunto, como Presidente de la Gran Sala (Regla 21 § 5).

EN CUANTO A LOS HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

10. La Sra. Phyllis Bowman nació en 1926 y vive en Londres. Es directora ejecutiva de la Sociedad para la Protección de los Niños No Nacidos (“SPUC”), una organización de aproximadamente 50,000 miembros que está en contra del aborto y de la experimentación sobre embriones humanos y pretende cambios en contra de la actual legislación del Reino Unido que permite el aborto hasta las veintidós semanas de gestación y la experimentación embrionaria hasta los catorce días de desarrollo.

11. Los principales partidos políticos no tienen políticas con respecto al aborto y la experimentación embrionaria: estas cuestiones se estiman asuntos de índole moral y los miembros del Parlamento están facultados para votar respecto a las propuestas legislativas de acuerdo a sus particulares puntos de vista. La Sra. Bowman y la SPUC consideraron que, si los electores si los electores estarían en la posición de motivar cambios a la ley a través de la elección de su representante, era importante que estuvieran informados sobre las posturas de los candidatos que en ese momento contendían en la elección respecto al aborto y cuestiones relacionadas.

12. En el periodo inmediato anterior a las elecciones parlamentarias de abril de 1992, la Sra. Bowman coordinó la distribución de aproximadamente un millón

y medio de panfletos en distritos electorales a lo largo del Reino Unido, incluyendo el distrito electoral de Halifax, con 25,000 copias de un panfleto que indicaba lo siguiente:

“No le estamos diciendo a usted cómo votar, pero resulta esencial que usted tenga en cuenta lo relativo a las intenciones de voto de los Candidatos sobre el aborto y sobre el uso de embriones humanos como conejillos de indias.

Terry Martin, Conservador.

El Sr. Martin ha declarado públicamente su compromiso firme de defender a los niños no nacidos. Si resultara electo, votaría para limitar los supuestos que permiten el aborto y detener el aborto bajo pedido. Él votaría por detener el aborto luego de 24 semanas de gestación, ya que la ley permite actualmente dicho procedimiento hasta el nacimiento tratándose de bebés discapacitados y en otros supuestos. Él votaría para detener la creación y el uso de embriones humanos como conejillos de indias para las pruebas de fármacos.

Alison Mahon, Laboralista.

La Sra. Mahon es una líder proabortista. Como miembro del parlamento votó para permitir el aborto incluso hasta el nacimiento tratándose de bebés discapacitados. Ella votó a favor de la inscripción obligatoria en un registro público de doctores con objeción de conciencia respecto del aborto a pesar de las advertencias que el mismo podría usarse como una lista negra. También votó para que fuera posible usar embriones humanos como conejillos de indias en programas incluyendo el ensayo de fármacos y otros experimentos.

Ian Howell, Demócrata Liberal.

De resultar electo, el Sr. Howell votaría por limitar los supuestos que permiten el aborto y disminuir su demanda. Él votaría para reducir el periodo de 24 semanas o menos, en tanto que la ley actualmente permite el aborto incluso hasta el nacimiento tratándose de bebés discapacitados y en otros supuestos. Él votaría para proteger a los embriones humanos de ser usados como conejillos de indias en los programas de investigación.

LA SOCIEDAD PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS NO NACIDOS”

Al reverso de dicho panfleto, junto a una imagen que mostraba “un bebé no nacido con diez semanas de gestación”, rezaba lo siguiente:

“Las Primeras Semanas de Vida

Día 1: Concepción – el espermatozoide fertiliza al ovulo. Configuración genética completa. Color de ojos, cabello, sexo y hasta la determinación de la estructura. Un individuo definido está presente en la trompa de Falopio.

Día 12: Ha viajado al útero y se ha implantado allí.

Día 17: Desarrollo de sus propias células sanguíneas.

Día 21: El corazón empieza a latir. Esto es al menos tan dramático como el nacimiento, pero mucho menos dramático que la fertilización.

Día 26: La base del sistema nervioso central se establece.

Día 30: Flujo sanguíneo regular dentro de sistema vascular cerrado. Comienzan a desarrollarse oídos y nariz.

Día 42: El esqueleto y los reflejos presentes. El hígado, los riñones y pulmones formados. Responde al tacto alrededor de la boca.

Día 45: Los patrones eléctricos de la onda cerebral pueden registrarse.

Día 56: Todos los órganos funcionando con excepción de los pulmones; el bebé solo tiene que crecer y madurar a partir de ahora, justo como un niño crece para convertirse en adulto.

Día 65: El bebé puede hacer un puño y agarrará el objeto contra la palma de su mano; salta de arriba para abajo en el vientre materno con movimientos coordinados.

Semana 12: La superficie completa del cuerpo es sensible al tacto.

Semana 16: El bebé tiene la mitad del tamaño que tendrá al nacimiento; el corazón bombea 50 pintas de sangre diariamente.³

Semana 28: Los ojos pueden abrirse. El bebé puede escuchar los procesos digestivos de la madre, el latir de su corazón y su voz, así como los sonidos fuera de su cuerpo.

Noveno mes: Nacimiento –tan solo otra etapa en el ya avanzado proceso. Con lo anterior queda claro que el bebé puede sentir dolor en una etapa muy temprana. Estamos entonces destruyendo dolorosamente a bebés hasta incluso los seis meses posteriores a su concepción, y en algunos casos, como ante la discapacidad, hasta el nacimiento.”

13. A la Sra. Bowman se le imputó un ilícito con fundamento en las subsecciones 75(1) y (5) de la Ley de Representación del Pueblo de 1983 (“la Ley de 1983”), que prohíbe el gasto de más de cinco libras esterlinas por parte de una persona no autorizada durante el periodo anterior a una elección para la transmisión de información a los electores que tengan como propósito a promover o facilitar la elección de un candidato (ver párrafos 17-19 más abajo).

14. Durante el juicio de la Sra. Bowman en la Corte de Southwark Crown el 27 de septiembre de 1993, el juez instruyó su absolució, en tanto que el pliego de consignación que detallaba el ilícito no había sido emitido dentro del año previo al periodo de restricció alegado, de conformidad con el plazo en la sección 176 de la Ley de 1983. El procedimiento fue, sin embargo, reportado en la prensa.

15. En 1979, la Sra. Bowman había sido condenada por un ilícito bajo una legislación similar por la distribución de un panfleto con anterioridad a la elección intermedia de Ilford North y en 1982 también había sido condenada por la distribución de otro panfleto durante las elecciones para el Parlamento Europeo. En ambas ocasiones se le ordenó el pago de una multa y de las costas del juicio.

³ Nota del traductor: 1 pinta son 450 mililitros, por lo que 50 pintas son 22.5 litros.

II. LEY DOMÉSTICA Y PRÁCTICA

A. Elecciones parlamentarias

16. La fecha de una elección general es determinada por el Primer Ministro que se encuentre en funciones y normalmente anunciada entre las cuatro y seis semanas anteriores al día de la votación.

17. Para fines electorales, el Reino Unido está dividido en distritos electorales. Cada distrito electoral está representado por un único miembro del Parlamento, la persona que recibió el mayor número de votos en su distrito. La mayoría de los candidatos son elegidos por los principales partidos políticos nacionales, no obstante algunos contienden como independientes. La nominación de un candidato para elección debe contar con el apoyo de diez personas registradas en el padrón del distrito electoral. Cada candidato debe depositar 500 libras esterlinas ante el funcionario de hacienda del distrito. Si él o ella no reciben al menos el 5% de los votos válidamente emitidos, este depósito será cobrado.

B. Control de gastos de campaña

18. Los candidatos parlamentarios en el Reino Unido no reciben financiamiento público para sus campañas. Para salvaguardar la posición de los candidatos sin acceso a recursos sustanciales, el monto de los gastos en que puede incurrir un candidato antes, durante o luego de una campaña electoral se rige por ley (Ley de 1983, sección 76). El monto varía ligeramente dependiendo del tamaño del distrito electoral, pero el promedio es actualmente de 8,300 libras esterlinas. Para asegurar que este límite no sea excedido, todo el gasto de la elección por un candidato debe hacerse del conocimiento de la autoridad administrativa electoral por lo cual se exige que presente un estado de cuenta con posterioridad a la elección (Ley de 1983, secciones 73, 76 y 81).

19. Con fundamento en el amparo de la sección 75 (1) de la Ley de 1983, cualquier gasto realizado para promover a un candidato por persona distinta a este o su representante está prohibido:

“No deberán realizarse gastos, con miras a la promoción o facilitación de la elección de un candidato en una elección, por una persona distinta al candidato, representante y las personas autorizadas por escrito por el representante de la elección–

(a) de la celebración de reuniones públicas o la organización de mítines políticos; o
(b) de la emisión de anuncios, circulares o publicaciones; o

(c) de la presentación de otra forma a los electores del candidato o de sus opiniones o de la medida o naturaleza de su apoyo o desprecio de otro candidato, pero el párrafo (c) de esta subsección no

(i) restringirá la publicación de algún asunto relacionado con la elección en un periódico u otro diario o la radiodifusión realizada por la Corporación de Radiodifusión Británica... [o la Autoridad de Radiodifusión Independiente];

(ii) aplicará respecto de los gastos que no excedan en total la suma de cinco libras esterlinas.”

Las palabras “con miras a la promoción o facilitación de la elección de un candidato” en esta subsección han sido interpretadas por la Cámara de los Lores como una intención de evitar la elección de un determinado candidato o candidatos (*Director of Public Prosecutions v. Luft* [1977] Casos de Apelación 962).

20. La Sra Bowman fue imputada con un ilícito con fundamento en la sección 75(5) de la Ley de 1983, que establece:

“Si una persona

(a) incurre o auxilia, instiga, aconseja o facilita a otra persona el realizar cualquier gasto en contravención con [la sección 75] ... será culpable de una práctica corrupta...”

21. La pena máxima por los ilícitos consignados al amparo de las subsecciones 75 (1) y (5) es de un año de prisión y multa hasta de 5,000 libras esterlinas. Adicionalmente, una persona que haya sido condenada puede ser inhabilitada para ejercer

su derecho al voto hasta por cinco años, para postularse o acceder a un cargo en la Cámara de los Comunes o para ostentar cualquier encargo judicial o público (Ley de 1983, secciones 160 (4), 168(1) y 173).

22. La Sección 75 se ocupa únicamente del gasto incurrido en relación con la elección de un candidato en particular en un distrito electoral determinado. No hay nada que prohíba a un partido político o individuo u organización prósperos el invertir dinero en la publicidad a favor o en contra de un partido político o tendencia en general, a nivel nacional o regional, mientras que no exista la intención de favorecer o perjudicar las oportunidades electorales de algún candidato en lo particular en un distrito electoral concreto (ver *R. vs. Tronoh Mines* [1952] 1 All England Reports 697). Tampoco hay restricción alguna respecto de las de las donaciones particulares a los partidos políticos ni de los poderes de la prensa para apoyar u oponerse a la elección de algún candidato en particular (ver la Ley de 1983, sección 75(1) (c) (i) – párrafo 19 anterior).

PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

23. La demanda ante la Comisión del 11 de marzo de 1994 (no. 24839/94) fue presentada conjuntamente por la Sra. Bowman y por la SPUC. Ambas demandantes alegaron que el juicio iniciado en contra de la Sra. Bowman violaba sus derechos a la libertad de expresión con fundamento en el Artículo 10 de la Convención. También invocaron el Artículo 13 de la Convención.

24. El 4 de diciembre de 1995 la Comisión acordó admitir la demanda por la Sra. Bowman con fundamento en el Artículo 10. Sin embargo, determinó que la SPUC no podía por sí alegar la condición de víctima en relación con este juicio, de tal forma acordó desechar el resto de la demanda.

En su reporte del 12 de septiembre de 1996 (Artículo 31), la Comisión expresó la opinión consistente en que había habido una violación al Artículo 10 de la Convención (veintiocho votos a uno). El texto completo de la opinión de la Comisión y de la opinión disidente contenida en el reporte se reproduce en un anexo adjunto a esta sentencia.⁴

⁴ Nota del Secretario. Por razones prácticas este anexo aparecerá únicamente en la versión impresa de la sentencia (en *Reports of Judgements and Decisions* 1998), pero una copia del reporte de la Comisión puede obtenerse ante el registro.

PROMOCIONES FINALES ANTE EL TRIBUNAL

25. En sus memorandos y en la audiencia ante el Tribunal, el Gobierno sostuvo que, contrariamente a la opinión de la Comisión, la demanda debería haberse declarado inadmisibile al amparo Artículo 25 de la Convención. De manera precautoria, sostuvo que no hubo restricción a la libertad de expresión de la demandante de acuerdo con lo establecido en el Artículo 10 §1 y que, supuesto sin conceder que la hubiera habido, habría sido necesaria dentro de una sociedad democrática conforme a lo establecido por el Artículo 10 § 2.

La demandante solicitó al Tribunal declarar la existencia de una violación de acuerdo con lo establecido en el Artículo 10 y la concesión de una sentencia de reparación al amparo del Artículo 50.

EN CUANTO AL DERECHO

I. LA OBJECCIÓN PRELIMINAR DEL GOBIERNO

26. El Gobierno argumentó que la Sra. Bowman no se podía presentar propiamente como una “víctima” de una violación a la Convención de conformidad con el significado del Artículo 25 § 1 que establece en lo conducente lo siguiente:

“La Comisión podrá recibir peticiones...de cualquier persona... que argumente ser una víctima de una violación a los derechos establecidos por [la] Convención por una de las partes contratantes de la misma...”

Señaló el hecho que el juez de instrucción había propuesto al jurado el 28 de septiembre de 1993 absolver a la demandante, y expuso que en tales circunstancias era imposible decir que hubiera resultado responsable de haber continuado el juicio o que la ley le hubiera sido aplicada en su detrimento.

27. La demandante expuso que, como resultado de la aplicación que se le hizo de la sección 75 de la Ley de 1983, había padecido ansiedad, el estigma y el gasto involucrado en el interrogatorio que le había hecho la policía, el juicio iniciado en su contra y la publicidad alrededor de ello.

28. La Comisión en su decisión sobre la admisibilidad determinó que la Sra. Bowman se había visto directamente afectada por el juicio iniciado en su contra, y que por tanto ésta podía presentarse como una víctima de una ingerencia.

29. El Tribunal observa que una medida de implementación, concretamente la instrucción de un juicio, se planteó en contra de la Sra. Bowman. A pesar de que ella hubiera resultado absuelta, ello se debería a que el acuerdo de emplazamiento no fue emitido dentro del término legal (ver párrafo 14 anterior). El hecho de que las autoridades jurisdiccionales determinaran iniciar su procedimiento en contra era, cuando menos, un indicativo claro de que, a menos que ella modificara su comportamiento durante futuras elecciones, correría el riesgo de ser nuevamente procesada y posiblemente condenada.

En tales circunstancias, el Tribunal estima que la Sra. Bowman podía legítimamente presentarse como una persona que había sido directamente afectada por la ley en cuestión (ver, entre otras autoridades, a Norris vs. Irlanda sentencia del 26 de octubre de 1988, Serie A no. 142, p.16 § 31) y, de ahí, el ser una víctima de una violación a la Convención de conformidad con el significado del Artículo 25 § 1.

De conformidad con lo anterior, se desestima la objeción preliminar del Gobierno.

II. VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 10 DE LA CONVENCIÓN

30. La Sra. Bowman alegó una violación a su derecho de libertad de expresión con fundamento en el Artículo 10 de la Convención, que establece en lo conducente lo siguiente:

“1. Todas las personas tienen derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluirá la libertad de opinión y la de recibir y difundir información e ideas sin la ingerencia de la autoridad pública y sin que ello esté limitado a las fronteras...

2. El ejercicio de estas libertades conlleva deberes y responsabilidades, puede sujetarse a tales formalidades, condiciones, restricciones o penas que establezca la ley que fueren necesarias en una sociedad democrática, en pos del interés de la seguridad nacional, la integridad de territorio o seguridad pública, para la prevención del caos o la delincuencia, para la protección de la salud o la moral, para la protección de la reputación o los derechos de otros, para impedir la revela-

ción de información recibida de forma confidencial, o para el mantenimiento de la autoridad e imparcialidad del poder judicial.”

La Comisión convino en la existencia de una violación, pero el gobierno lo controversió.

A. Existencia de una restricción

31. El Gobierno expuso que no hubo restricción al derecho a la libertad de expresión de la Sra. Bowman en tanto que la sección 75 de la Ley de 1983 restringía únicamente la libertad de las personas no autorizadas para incurrir en el gasto con miras a la promoción o facilitación de la elección de un determinado candidato en una elección parlamentaria, pero no su libertad a expresar opiniones o a difundir información de manera más general (ver párrafo 19 anterior).

32. La Comisión, como la demandante, destacó que el hecho que las autoridades persecutorias obviamente estimaran su conducta como dentro del supuesto de la prohibición reglamentaria discutida, lo que se manifestó con el riesgo de ser enjuiciada lo que causó una restricción a su libertad de expresión.

33. El Tribunal advierte que la sección 75 de la Ley de 1983 no restringe directamente la libertad de expresión, pero en su lugar limita a cinco libras esterlinas el monto que tienen permitido gastar las personas no autorizadas en publicaciones y en otros medios de comunicación durante el periodo electoral. Más aún, no restringe el gasto en la transmisión de información u opiniones en general, sino únicamente incurrir en ello durante el periodo correspondiente “con miras a promover o a facilitar la elección de un candidato”.

No obstante, no puede haber duda que la prohibición contenida en la sección 75 equivale a una restricción a la libertad de expresión misma que directamente afectó a la Sra. Bowman (ver párrafo 29 anterior).

34. Solo resta determinar si esta restricción se encontraba “prevista en la ley”, si perseguía un fin legítimo y si era “necesaria en una sociedad democrática”.

B. “Prevista en la ley”

35. “El Tribunal estima que la restricción al gasto establecida en la sección 75 de la Ley de 1983 se encontraba ‘prevista en la ley’, lo que no fue controvertido”.

C. Fin legítimo

36. El Gobierno sostuvo que el límite al gasto en la sección 75 de la Ley de 1983 tenía como propósito la protección de los derechos de terceros de tres formas. Primero, promovía la equidad entre los candidatos contendientes en la elección al impedir que terceros adinerados hiciesen campaña a favor o en contra de un determinado candidato o la emisión de material que requiriera destinar una parte del presupuesto del candidato a la elección, que estaba limitado por ley (ver párrafo 18 anterior), para responder a la misma. En segundo término, la restricción del gasto de terceros permitía garantizar que los candidatos conservaran su independencia de la influencia de poderosos grupos de interés. En tercer lugar, impedía que el debate político en tiempos electorales se distorsionara con el hecho de distraer la atención sobre asuntos de interés general para centrarse en cuestiones singulares.

37. Bajo la perspectiva de la demandante, la sección 75, se encontraba lejos de perseguir un fin legítimo, sino que únicamente operaba con el fin de restringir la libertad democrática de expresión. En un supuesto extremo, resultaba improbable que grupos singulares, como la SPUC, pudieran cambiar la opinión que los electores tenían sobre las plataformas políticas de tal modo que afectara el proceso electoral. Más aún, la restricción de las aportaciones no podría propiamente garantizar la equidad entre los candidatos, pues ya de por sí se encuentran sujetos a la inequidad dependiendo de si reciben o no el apoyo de uno de los principales partidos políticos, quienes están facultados para utilizar altas sumas de dinero para hacer campaña a nivel nacional siempre que no pretendan promover o perjudicar algún candidato en lo particular (ver párrafo 22 anterior).

38. El Tribunal advierte con claridad que el objeto de la sección 75, particularmente tomado en el contexto de las demás disposiciones sobre el gasto de la elección en la Ley de 1983, es para también garantizar la igualdad entre los candidatos. De ahí que concluye, como lo hizo la Comisión, que la aplicación de esta ley a la Sra. Bowman perseguía el fin legítimo de proteger los derechos de terceros, prin-

principalmente de los candidatos y del electorado en Halifax y, en la medida que dicho juicio tenía por objeto un efecto disuasivo en cualquier lugar del Reino Unido.

Estimó que los argumentos esgrimidos por la demandante son importantes para determinar si la restricción era “necesaria en una sociedad democrática”, a la que se aboca ahora.

D. “Necesaria en una sociedad democrática”

39. El Gobierno sostuvo que la sección 75 de la Ley de 1983 impuso únicamente una restricción parcial en el gasto (ver el párrafo 31 anterior), la cual era necesaria para cumplir con los fines legítimos perseguidos. Señalaron que existieron otros medios de comunicación disponibles para la Sra. Bowman, por ejemplo, ella podría haber lanzado su propio periódico, buscado la publicación de sus cartas o artículos en la prensa, haber impartido entrevistas en radio o en televisión, postularse como candidata ella personalmente o publicado panfletos con el fin de informar al electorado sin el afán de favorecer u oponerse a cualquier candidato en particular.

40. La demandante, como la Comisión, consideraron que la restricción era desproporcionada. Ella alegó que no existía una necesidad social apremiante para restringir la difusión de información fáctica correcta sobre la postura de los candidatos a ocupar cargos públicos respecto de importantes cuestiones de orden moral; por el contrario, existía una necesidad apremiante de permitir que tales cuestiones se expusieran en la agenda política previamente a las elecciones. A pesar de lo argumentado por el Gobierno en el sentido de que la restricción era necesaria para garantizar la igualdad entre los candidatos, no existía ninguna indicación de si los panfletos de la Sra. Bowman tuvieron un efecto que obrara en desventaja de algún candidato en lo particular, en tanto que era posible que la información que contenían atrajera la atención de tantos seguidores como de oponentes tal como los hay respecto de las diferentes políticas sobre el aborto. Más aún, ella alegó que la restricción era ilógica en tanto que no se establecía una restricción a las facultades de los medios masivos en cuanto a la publicación de material en apoyo o en oposición a los candidatos ni en las de los partidos políticos y sus seguidores respecto del pago para la publicidad en los niveles nacionales o regionales en tanto que éstos no intentarían la promoción o la afectación de los prospectos electorales de algún candidato en concreto.

41. El Tribunal observa, en primer lugar, que la limitación al gasto prescrita por la sección 75 de la Ley de 1983 es uno de los muchos pesos y contrapesos que conforman la legislación electoral del Reino Unido. En tal contexto, es necesaria la consideración del derecho a la libertad de expresión conforme al Artículo 10 a la luz del derecho a las elecciones libres protegido por el Artículo 3 del Protocolo No.1 de la Convención, que establece:

“Las partes contratantes asumen la responsabilidad de la celebración de elecciones libres a intervalos razonables mediante la emisión de un voto secreto, bajo las condiciones que aseguren la libertad de expresión de la opinión del pueblo en cuanto a la elección de la legislatura.”

42. Las elecciones libres y la libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman juntas la piedra angular de cualquier sistema democrático (ver la sentencia de Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica del 2 de marzo de 1987, Serie A no. 113, p. 22 § 44, y la sentencia de Lingens vs Austria del 8 de julio de 1986, Serie A no. 103, p. 26 §§ 41-42). Ambos derechos están interrelacionados y operan en refuerzo del otro: por ejemplo, tal como ha observado el Tribunal en el pasado, la libertad de expresión es una de las “condiciones” necesarias para garantizar la libertad de expresión de la opinión del pueblo en la elección de la legislatura” (ver la sentencia de Mathieu-Molin y Clerfayt antes mencionada, p. 24, § 54). Por esta razón, es particularmente importante en el periodo previo a la elección que esté permitida la libre circulación de las opiniones y la información de todo tipo.

43. No obstante, en ciertas circunstancias los dos derechos pudieran entrar en conflicto y pudiera estimarse necesario, en el periodo previo o durante una elección, la fijación de ciertas restricciones, de un tipo que normalmente no serían aceptables para la libertad de expresión, para garantizar la “libertad de expresión de la opinión del pueblo en la elección de la legislatura”. El Tribunal reconoce que, para la ponderación entre estos dos derechos, los estados contratantes cuentan con un margen de discrecionalidad, como lo tienen por lo general con respecto a la organización de sus sistemas electorales (ver la sentencia de Mathieu-Molin y Clerfayt antes mencionada, pp. 23 y 24, §§ 52 y 54).

44. Volviendo a los hechos del presente caso, la tarea del Tribunal es determinar si, en todas las circunstancias, la restricción a la libertad de expresión de la Sra. Bowman fue proporcional al fin legítimo perseguido y si las razones aducidas por las autoridades nacionales en justificación de la misma fueron relevantes y suficientes (ver la sentencia *Lingens* anteriormente mencionada, p. 26, §40).

45. En este punto estima significativo que la limitación al gasto contenida en la sección 75 de la Ley de 1983 fuera fijada en un monto tan bajo como lo son cinco libras esterlinas. Recordó que la restricción aplicaba únicamente durante las cuatro a seis semanas precedentes a la elección general (ver los párrafos 16 y 18-19 anteriores). Sin embargo, a pesar que es verdad que la Sra. Bowman habría podido hacer campaña libremente en cualquier otro momento, ello no hubiera cumplido el propósito que buscaba la publicación de los panfletos que era, por lo menos, informar a la población de Halifax acerca de los registros de los votos y actitudes de sus tres candidatos sobre el tema del aborto, durante el periodo de veda, en que los votantes estaban enfocados en la elección de su representante (ver párrafo 11 anterior).

46. El Tribunal advierte que el alegato del Gobierno en el sentido que la demandante habría podido usar métodos alternos para la comunicación de la información al electorado. Sin embargo, no ha quedado evidenciado suficientemente en la práctica que ella tuviera acceso a cualquier otro canal efectivo de comunicación. Por ejemplo, no se demostró que ella hubiera tenido cualquier forma para garantizar que el material contenido en los panfletos se publicara en el periódico o fuera difundido por la radio o la televisión. A pesar que ella habría podido postularse para la elección y por ende quedado obligada a cumplir con el tope de gastos de campaña establecido para los candidatos, ello le habría supuesto el pago de un depósito de 500 libras esterlinas, mismas que con toda probabilidad le habrían finalmente descontado (ver párrafos 17 y 18 anteriores). Más aún, no era su deseo ser elegida para el Parlamento, sino únicamente distribuir panfletos a los votantes.

47. Por tanto, en síntesis, el Tribunal estima que la sección 75 de la Ley de 1983 operó, para todos los efectos prácticos, como una barrera total a la publicación de la información de la Sra. Bowman con miras a influir a los votantes de Halifax a favor de cualquier candidato contrario al aborto. No se ha visto satisfecho el requerimiento de que existiese una necesidad para limitarle a ella su gasto a cinco libras esterlinas, con el fin de asegurar el objetivo legítimo de alcanzar la igualdad entre

los candidatos, concretamente atendiendo al hecho de que no existen restricciones a la libertad de prensa para apoyar o para oponerse a la elección de cualquier candidato en particular o a la de los partidos políticos y sus seguidores para llevar a cabo publicidad a nivel nacional o regional, siempre que tales anuncios no tuvieran la intención de promover o perjudicar las propuestas electorales de algún candidato en particular en ningún distrito electoral en concreto (ver párrafo 22 anterior). Por lo anterior concluye que la restricción en cuestión, resultó desproporcionada con el fin perseguido.

Se desprende entonces que ha habido una violación al Artículo 10 de la Convención.

III. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 50 DE LA CONVENCIÓN

48. La demandante solicitó únicamente la reparación con fundamento en el Artículo 50 de la Convención, que establece:

“Si el Tribunal estima que una decisión o medida adoptada por cualquier autoridad de una de las partes contratantes está total o parcialmente en conflicto con las obligaciones derivadas de la...Convención, y si el derecho interno de dicha Parte permite únicamente una reparación parcial por las consecuencias de esta decisión o medida, la decisión del Tribunal, será en caso necesario, el dictado de la reparación a favor de la parte afectada.”

A. Daño no pecuniario

49. La Sra. Bowman demandó la reparación del daño por un monto de 15,000 libras esterlinas por estigma, estrés y ansiedad que padeció como resultado de este procedimiento.

50. El Gobierno consideró como un recurso judicial efectivo, el haber determinado la existencia de una violación.

51. El Tribunal consideró que, en cada punto controvertido, el haber determinado la existencia de una violación es una reparación suficientemente justa respecto de cualquier daño no pecuniario sufrido por la demandante.

B. Gastos y Costas

1. Procedimientos internos

52. La Sra. Bowman solicitó el reembolso del monto faltante de los gastos jurídicos que no habían sido cubiertos por la asistencia legal, ascendiendo a un total de 1,633.64 libras esterlinas.

53. El Gobierno argumentó que no se debía conceder el pago de los gastos jurídicos internos.

54. El Tribunal consideró que se habían generado gastos por parte de la demandante durante el procedimiento judicial interno y que el monto decretado fue razonable (ver el *Sunday Times vs el Reino Unido* (no. 1) sentencia del 6 de noviembre de 1980, Serie A no. 38, p. 13, §23). Por lo tanto, se concede el pago del mismo, más lo que resulte del impuesto al valor agregado (IVA) que fuera pagadero.

2. Procedimiento de Estrasburgo

55. La demandante solicitó el pago de los gastos y costas realizados en el procedimiento de Estrasburgo por un total de 35,490 libras esterlinas.

56. El representante del Gobierno, durante la audiencia celebrada ante el Tribunal, consideró excesivo dicho monto.

57. Tomando en consideración una base justa, concede el pago de 25,000 libras esterlinas por concepto de gastos y costas del procedimiento judicial llevado a cabo en Estrasburgo, más los impuestos respectivos.

D. Interés moratorio

58. De conformidad con la información de que dispone este Tribunal, la tasa reglamentaria de interés aplicable en el Reino Unido en la fecha del dictado de la presente sentencia es del 8% anual.

POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL

1. *Desestima* de forma unánime la objeción preliminar planteada por el Gobierno;
2. *Sostiene* catorce votos contra seis, la existencia de una violación del Artículo 10 de la Convención;

3. *Sostiene* unánimemente que la determinación de una violación es una medida justa para la reparación de cualquier daño no pecuniario sufrido por la demandante;

4. *Sostiene* unánimemente

(a) que el Estado demandado debe pagar a la demandante, dentro de los tres meses, los gastos y costas, por la cantidad de 26,633.64 libras esterlinas (veintiséis mil seiscientos treinta y tres libras y sesenta y cuatro centavos) junto con cualquier valor agregado que resultara pagadero;

(b) el simple interés anual del 8% deberá ser pagado al expirar el periodo de tres meses mencionado anteriormente hasta su liquidación;

5. *Desestima* de forma unánime el resto de la demanda para efectos de la justa reparación.

Realizado en inglés y en francés y resuelto en una audiencia pública en el Edificio de los Derechos Humanos, Estrasburgo, el 19 de febrero de 1998.

Firmado por: Rudolf BERNHARDT
Presidente

Firmado por: Herbert PETZOLD
Secretario

De conformidad con el Artículo 51 § 2 de la Convención y la Regla 53 § 2 de las Reglas del Tribunal A, las siguientes opiniones se anexan a esta sentencia:

(a) opinión concurrente conjunta del Sr. Pettiti, Sr. Lopes Rocha y Sr. Casadevall;

(b) opinión parcialmente disidente del Sr. Valticos;

(c) opinión parcialmente disidente conjunta del Sr. Loizou, Sr. Baka y Sr. Jambrek;

(d) opinión parcialmente disidente de Sir John Freeland, compartida por el Sr. Levits.

Iniciales: R.B.

Iniciales: H.P.

OPINIÓN CONCURRENTE CONJUNTA DEL JUEZ PETTITI,
LOPES ROCHA Y CASADEVALL
(Traducción)

1. Nosotros votamos con la mayoría y coincidimos por completo con la decisión del Tribunal.

2. No obstante, no coincidimos con lo resuelto respecto a lo establecido con lo que señala en el párrafo 47 de la sentencia en el sentido que la sección 75 de la Ley de Representación del Pueblo de 1983 “operó, para todos los efectos prácticos, como una total limitante del derecho a la publicación de la información de la Sra. Bowman que influyera en la opinión de los votantes de Halifax a favor de cualquier candidato contrario al aborto”.

Quedó implícito que el Tribunal resolvió que a partir de la impresión del panfleto publicado por la demandante ella había contravenido la ley que prohibía el gasto “para promover o facilitar el triunfo de un candidato”.

3. La Sección 75 no prohíbe la publicación de hechos o comentarios con fines informativos para el público en general.

4. En nuestra opinión, las primeras cuatro líneas del párrafo 47 deberían haber señalado únicamente que el panfleto “estaba destinado a informar a los votantes de Halifax de las posturas de los candidatos con respecto al tema del aborto.”

OPINIÓN PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ VALTICOS
(Traducción)

No puedo aceptar el hecho que el sistema electoral británico restrinja el gasto en que pudieran incurrir personas “no autorizadas” para promover o perjudicar las posibilidades de un candidato en lo particular durante el periodo previo a una elección equivalga a una violación de la Convención. Mientras tanto, es cierto que existe un punto débil en el sentido de esa disposición—cuya intención es impedir a poderosos individuos u organismos que afecten la equidad de las elecciones o influyan indebidamente las opiniones de los electores— el cual consiste en que prohíbe incluso las aportaciones con montos mínimos, siendo el supuesto en el presente caso que la cantidad en estudio era bastante mayor, toda vez que constituía una cantidad suficiente para la impresión de un millón y medio de panfletos.

Resulta algo ridículo buscar darle lecciones al Gobierno británico sobre el cómo llevar a cabo las elecciones y mantener una democracia; sobre todo, cuando se solicita la derogación de una disposición que apunta a evitar que una persona, distinta de un miembro de un partido político, influya la forma en la que las personas votan y –como acertadamente lo señala el Sr. Martínez en su opinión disidente anexa al reporte de la Comisión– a impedir que los candidatos que cuentan con importantes recursos financieros adquieran, en cierto momento, una ventaja sobre otros candidatos.

De conformidad con lo anterior, no me es posible coincidir con el sentido de la sentencia que declara una violación al Artículo 10 de la Convención.

OPINIÓN PARCIALMENTE DISIDENTE CONJUNTA DEL JUEZ LOIZOU, BAKA Y JAMBREK

1. Coincidimos con la negativa de este Tribunal de considerar fundados los argumentos del Gobierno consistentes en que la demandante no es una víctima de una violación de la Convención (ver párrafo 29 de la sentencia).

2. Sin embargo, no coincidimos con la conclusión de la mayoría en el sentido de que existe una violación al derecho de libertad de expresión de la demandante por la restricción que le fue impuesta por la sección 75(1) y (5) de la Ley de Representación del Pueblo de 1983 (la “Ley de 1983”) por ser desproporcionada con el fin perseguido.

3. Con fundamento en la sección 75(1) de la Ley de 1983, cualquier aportación para promover el triunfo de un candidato por cualquier persona distinta a este o de su representante que exceda el monto de cinco libras esterlinas (5 GBP), queda prohibido si se realiza en relación con la elección de un candidato en particular en un distrito electoral determinado. La ley de 1983 no prohíbe a un partido político o a individuo u organización las aportaciones por concepto de publicidad, con el fin de favorecer o afectar a un partido político o movimiento en general, a un nivel nacional o regional, siempre que no exista la intención de promover o perjudicar las oportunidades electorales de algún candidato en lo particular en un distrito electoral en concreto. Tampoco existen restricciones a las donaciones privadas a partidos políticos o al derecho de libertad de prensa que favorezca o afecte las posibilidades de algún candidato en lo particular. La limitación impuesta por la

sección 75 se refiere únicamente a la promoción de candidatos no a la promoción de causas (ver los párrafos 19-22 de la sentencia).

4. Como determinó el Tribunal, la mencionada limitación al gasto es solo uno de los muchos pesos y contrapesos que conforman la legislación electoral del Reino Unido. En ese contexto el Tribunal examinó el derecho a las elecciones libres protegido por el Artículo 3 del Protocolo No.1 de la Convención. El Tribunal indicó que la libertad de expresión y a las elecciones libres, particularmente la libertad de debate político, conforman conjuntamente la piedra angular de cualquier sistema democrático que se encuentran relacionados y operan uno en función del otro. También consideró que, al realizar un ejercicio de ponderación entre estos dos derechos los estados contratantes tienen una libertad de configuración, así como libertad para organizar sus propios sistemas electorales. Nosotros nos adherimos totalmente a este análisis realizado por el Tribunal (ver párrafos 41-43 de la sentencia).

5. No cabe duda de que los límites al gasto de campaña para una elección mantienen la igualdad de recursos entre los candidatos, un principio muy importante en las sociedades democráticas y en el proceso electoral. Una vez que la Ley de 1983, a través de su sección 76, impone límites al gasto de los candidatos de forma que los candidatos adinerados no adquieran una ventaja injusta, entonces deben establecerse límites también para otros, así como seguidores o grupos de acción adinerados, y eviten aportar dinero en beneficio de un candidato o evitar el triunfo de otro, en tanto que la publicidad en contra de un candidato pudiera quedar sin rebatir con base en el límite del monto que el candidato tiene permitido gastar (ver párrafo 18 de la sentencia).

6. La filosofía detrás del límite impuesto por la sección 75 es, *inter alia*, la salvaguarda de los candidatos en contra de la manipulación que ejerzan los grupos de presión. El límite en cuestión es uno estrecho y no equivale a un impedimento general a la expresión de las opiniones por grupos enfocados en algún tema en tanto que existen diversos métodos alternativos de expresión de sus opiniones y puntos de vista acerca de cualquier tema en particular. Ellos pueden distribuir panfletos con el objetivo de informar al electorado mientras que no favorezcan o afecten a algún candidato en lo particular. Esta restricción, que cae dentro del facultad discrecional de los estados, debe verse como parte de un sistema electoral democrático equilibrado.

7. La Comisión determinó (párrafo 39 de este reporte) que la sección 75 “podría... considerarse como una norma con un fin legítimo de protección de los derechos de terceros, concretamente, los candidatos y los electores en un distrito electoral en particular”. El Tribunal pudo observar con claridad que el objetivo de la sección 75, en particular tomado en el contexto de las otras disposiciones detalladas sobre el gasto en las elecciones en la Ley de 1983, es con el fin de contribuir al aseguramiento de la igualdad entre candidatos. Por ello concluyó entonces, como la Comisión, que la aplicación de esta ley a la Sra. Bowman perseguía el fin legítimo de proteger los derechos de terceros, principalmente de los candidatos a elección y el electorado en Halifax y, en la medida en que el enjuiciamiento tenía por objeto un efecto disuasivo, en cualquier parte del Reino Unido (ver el párrafo 38 de la sentencia). Nosotros coincidimos con esta conclusión.

8. Nuestro desacuerdo se limita a la determinación del párrafo 47 por parte del Tribunal en el sentido que la sección 75 operó, para todos los efectos prácticos, como una barrera total a la publicación de información por parte de la Sra. Bowman con miras a influir a los votantes en Halifax a favor de un candidato contrario al aborto. También estamos en desacuerdo con su determinación en cuanto a que no se encontraba convencido con respecto a que fuera necesario el límite al gasto de la demandante a cinco libras esterlinas y así cumplir con el fin legítimo de garantizar la igualdad entre candidatos, particularmente en vista del hecho de que no existían restricciones impuestas a la libertad de expresión de la prensa para apoyar u oponerse a la elección de cualquier candidato en lo particular o para los partidos políticos y sus seguidores en cuanto a su facultad de hacer propaganda a nivel nacional o regional, en tanto que dicha propaganda no tuviera como fin la promoción o la afectación de las perspectivas electorales de cualquier candidato en concreto en un determinado distrito electoral. De ahí nuestro desacuerdo con la conclusión del Tribunal que la restricción en cuestión fue desproporcionada con el fin perseguido y que constituyó una violación al Artículo 10 de la Convención.

9. En nuestra óptica, la sección 75, examinada en el contexto de todas las disposiciones de la Ley, no puede considerarse como una barrera total a la publicación de información por parte de la Sra. Bowman sobre los temas que ella deseaba abordar. Según se indicó antes, existen una diversidad de formas de expresar las convicciones propias y llevarlas a la atención del electorado sin promover u oponerse a ningún candidato particular en un distrito electoral en concreto. La restricción, que debe

interpretarse a la luz de la totalidad del sistema electoral basado en la representación de distritos electorales, se trataba de una limitación parcial e incluso se restringía su plazo de cuatro a seis semanas previas a las elecciones.

10. Los estados parte de la Convención tienen un margen de apreciación en la ponderación de la necesidad de una interferencia y la tarea del Tribunal está confinada a atender a la interferencia reclamada a la luz del caso como un todo y a la determinación de si fue proporcional al fin legítimo perseguido y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla son “fundadas y suficientes” (ver *Sunday Times vs el Reino Unido* (no.2) sentencia del 26 de noviembre de 1991, Serie A no. 217, p.29 § 50; la sentencia *Vogt vs Alemania* del 26 de septiembre de 1995, Serie A no. 323, p. 26, § 52; y la sentencia *Goodwin vs el Reino Unido* del 27 de marzo de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II, pp. 500-01, §40).

11. Por todas las razones precedentes, hemos arribado a la conclusión que no ha habido violación del Artículo 10 de la Convención. La restricción impuesta por la sección 75 de la Ley es proporcional y no excede lo necesario en una sociedad democrática para lograr, el fin legítimo que ha sido identificado por el Tribunal, y que cae dentro de las facultades discrecionales del Reino Unido.

12. En particular, hemos llegado a esta conclusión porque la restricción en cuestión es parte de un sistema electoral democrático global con sus pesos y contrapesos que apuntan a impedir la evasión de los límites máximos de gasto. Garantiza la equidad entre los candidatos; los protege contra la manipulación de los grupos de presión —y por lo tanto de la presión de la actividad de tales grupos en las circunscripciones con resultados marginales— y salvaguarda su independencia; no prohíbe el gasto en la promoción de una causa si se realiza sin la intención de promoción de los intereses, o afectación de las perspectivas, de un candidato particular; es la contraparte del límite impuesto a los candidatos; está limitada en términos de tiempo. Para nosotros las anteriores razones aducidas por el Gobierno demandado para justificar la restricción en cuestión son “relevantes y suficientes”.

OPINIÓN PARCIALMENTE DISIDENTE DE
SIR JOHN FREELAND, COMPARTIDA POR EL JUEZ LEVITS

1. No coincido con la conclusión de la mayoría en el sentido que ha habido en este caso una interferencia en el derecho a la libertad de expresión de la Sra. Bowman que excedió lo “necesario en una sociedad democrática”.

2. Una de las bases esenciales de una sociedad democrática es un sistema que garantice que las elecciones parlamentarias sean libres y equitativamente llevadas a cabo. El Artículo 3 del Protocolo No. 1 de la Convención requiere que las elecciones libres que celebren las partes contratantes se lleven a cabo “bajo condiciones que garanticen la libertad de expresión del pueblo en cuanto a la elección de la legislatura”. En su sentencia del 2 de marzo de 1987 en el caso de Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica (Serie A no. 113, p. 22 § 47) el Tribunal reconoció que, toda vez que el Artículo “consagra un principio característico de la democracia”, es de “crucial importancia en el sistema de la Convención”.

3. En la misma sentencia, el Tribunal reconoció (en p. 24, § 54) que “los estados contratantes tienen libertad de configuración” en relación con la elección de sistemas electorales, añadiendo que tales sistemas “buscan satisfacer los objetivos que son raramente compatibles los unos con los otros: por una parte, el reflejar con adecuada fidelidad las opiniones del pueblo, y por la otra, alimentan las corrientes de pensamiento de modo a promover la urgencia de una voluntad política suficientemente clara y coherente”. Que los sistemas electorales de los estados contratantes de hecho varíen en gran medida, no es sorprendente, dada la medida en que éstos se han configurado a través de su historia y características nacionales.

4. El Reino Unido tiene una larga tradición parlamentaria y un sistema electoral que ha evolucionado, con circunstancias variables, a lo largo de muchos años (y que, de un modo o de otro, permanece como un tema de debate público perenne). La Ley de la Representación del Pueblo de 1983, según ha sido modificada, establece en la actualidad un conjunto de reglas detalladas y cuidadosamente articuladas para la conducción de las elecciones, que refleja la visión ponderada de la legislatura sobre un tema de evidente crucial importancia para la misma –esto es, la necesidad de garantizar la libre y justa expresión de la opinión del pueblo.

5. Parte de este esquema reglamentario es la sección 75 de la Ley de 1983, con fundamento en la cual la Sra. Bowman fue procesada sin éxito en 1993. Esa sección,

concatenada con la sección 76, tiene el objetivo de promover la igualdad entre los candidatos de una elección en un distrito electoral en particular mediante la limitación del gasto en que podrá incurrirse para los fines de mejorar las perspectivas electorales de un candidato o afectar las de otro. Las restricciones impuestas por la sección 76 en el gasto de campaña de un candidato podrían volverse ineficientes si no existiera la limitación que le correspondiera, como la contenida en la sección 75, correspondiente al gasto de terceros que pretendan el mismo fin.

6. Una característica esencial de la limitación de la sección 75 es que no se debe incurrir en gastos que excedan el monto prescrito “para *favorecer al triunfo de un candidato*” (énfasis añadido: como indica el párrafo 19 de la presente sentencia, las palabras en cursivas se interpretaron por la Cámara de los Lores en el caso Luft tendentes a evitar la elección de un determinado candidato o candidatos). La sección no impide el gasto en la provisión de material fáctico o de comentario con miras a meramente informar al público. Para que prospere un juicio al amparo de la sección, un jurado tendría que estar convencido más allá de una duda razonable que el deseo del demandado de mejorar las perspectivas electorales de un candidato o de perjudicar los de otro fue una de las razones que desempeñó un papel determinante al inducirlos, a él o a ella, a incurrir en el gasto (ver el discurso de Lord Diplock en Luft, en p. 983, letras C a D).

7. En representación de la Sra. Bowman se presentó el alegato consistente en que con haber incurrido en el gasto que implicó la distribución de sus panfletos ella únicamente deseaba comunicar información fáctica correcta, y que no estaba interesada en promover la elección de un candidato en particular sino que quería promover únicamente sus propias convicciones. Si hubiera prevalecido en juicio o no con base en lo anterior es algo que no puede saberse ahora, dado el resultado del proceso de 1993 (ver el párrafo 14 de la sentencia). Lo que está claro, sin embargo, es que la sección 75 no le impediría a ella y a su organización informar al electorado sobre sus puntos de vista respecto al aborto y la experimentación embrionaria ni para fomentar el cuestionamiento a los candidatos sobre tales temas, en tanto que no se gastara más del monto permitido con fines de mejorar o afectar las perspectivas electorales de un determinado candidato.

8. El Tribunal observa en el párrafo 38 de la sentencia, que el objetivo de la sección 75 de la Ley de 1983, concatenada con otras disposiciones detalladas sobre gastos de las elecciones, es con claridad el garantizar la igualdad entre los

candidatos. Por tanto concluye “que la aplicación de esta ley a la Sra. Bowman perseguía el fin legítimo de proteger los derechos de terceros, en particular de los candidatos y del electorado de Halifax en la medida en que el proceso apuntaba a tener un efecto disuasivo en cualquier parte del Reino Unido”.

9. La sentencia parece aceptar que se promueva la equidad entre los candidatos contendientes por medio, *inter alia*, de evitar a terceros hacer campaña sin un límite financiero en apoyo o en contra de un candidato en particular o mediante el gasto de sumas ilimitadas de dinero para la distribución de material que motivaría el gasto en respuesta del limitado presupuesto obligatorio para la elección del candidato. No obstante prosigue y atribuye relevancia al hecho que la limitación al gasto contenida en la sección 75 fue establecida (por la sección 14(3) de la Ley de Representación del Pueblo de 1983) a un monto tan bajo como cinco libras esterlinas: ver párrafo 45. Luego advierte, en el párrafo 47, que la sección 75 “opera, para todos los efectos prácticos, como una barrera total a la publicación de información por parte de la Sra. Bowman con miras a influir a los votantes de Halifax a favor de un candidato contrario al aborto”; y expresa el Tribunal su inquietud respecto a su falta de convencimiento respecto de la “necesidad de limitar el gasto a cinco libras esterlinas de modo a obtener el fin legítimo de asegurar la igualdad entre los candidatos...”

10. Empero, la obtención del fin legítimo de asegurar la igualdad entre los candidatos con seguridad se inclina más por preservar (o incluso reducir) el límite muy bajo en el gasto por parte de terceros que a favor de incrementarlo (o incluso suprimirlo), en tanto que el gasto de elecciones que hagan los propios candidatos está limitado a un mínimo como en el presente. Y no se ha sugerido que exista ningún requerimiento en el Reino Unido, al amparo de la Convención o de otra forma, que permita aumentar el límite que el Parlamento ha estimado conveniente imponer a los candidatos respecto de su gasto en las elecciones.

11. El Párrafo 47 de la sentencia también contrasta la limitación establecida en la sección 75 con la ausencia de restricciones a la libertad de los partidos políticos y de sus agremiados, para realizar gastos por concepto de publicidad a un nivel nacional o regional, siempre que el gasto no fuera con el propósito de mejorar o dañar las perspectivas de un candidato en concreto en un determinado distrito electoral, o con respecto de las restricciones a la prensa para apoyar u oponerse a determinados candidatos. Sin embargo, no es difícil entender por qué para lograr

la integridad a nivel distrital debe atenderse con especial importancia para lograr la integridad del proceso electoral; y por supuesto el Tribunal ha tenido la ocasión en el pasado de enfatizar la particular importancia del papel de la prensa en una sociedad democrática (ver, por ejemplo, la sentencia *Lingens vs. Austria* del 8 de julio de 1986, Serie A no. 103, p. 26 § 41).

12. Según el diseño de la restricción a las aportaciones realizadas por terceros con el propósito de promover o afectar las propuestas electorales de un candidato en lo particular, el interferir con el derecho a la libertad de expresión con la aplicación de la sección 75 resulta estrecha en su alcance. Desde mi punto de vista, entra en la libertad de discrecionalidad otorgada al Estado contratante en cuanto a la decisión de lo que es necesario, a la luz de su propia experiencia histórica y circunstancias actuales, para una adecuada regulación de un proceso tan relevante para la democracia como es la conducción de las elecciones parlamentarias (y yo añadiría que considero que existe una necesidad clara para la adopción de un enfoque particularmente prudente en cuanto a la atribución de un aspecto internacional en reglas prescritas por parlamentos democráticos con una larga tradición de haberse establecido, tratándose de asuntos tan íntimamente involucrados con su propia composición y operación).

13. También añadiría que el papel desempeñado por grupos de presión enfocados en un tema particular en cuanto a su influencia y movilización de la opinión pública en las de las democracias modernas es muy importante, tal como lo reconoce el Gobierno. Pero un factor que el Estado podría legítimamente tomar en consideración en la determinación de la regulación del proceso electoral es la medida conforme con la cual la limitación a los fondos de campañas enfocadas en un determinado tema en una elección parlamentaria pudiera ser necesario a manera de contrarrestar el riesgo de distracción excesiva en el debate electoral a fin de “encauzar las corrientes de pensamiento a manera de promover la urgencia de una voluntad política suficientemente clara y coherente” (ver el segundo objetivo identificado por el Tribunal en el pasaje tomado de la sentencia del caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt* que se cita en el párrafo 3 más arriba).

14. Por último, respecto a la cuestión de la proporcionalidad, cabe destacar que la existencia de la sección 75 no impedía la circulación de un millón y medio de panfletos de la Sra. Bowman a lo largo del Reino Unido en la elección general de 1992, incluyendo los 25,000 en el distrito electoral de Halifax, y que el proceso

subsecuente en contra de ella fracasó, incluso con base en el argumento técnico de la no observancia de los límites de tiempo o prescripción. Con respecto a estos hechos, en la medida de la interferencia con su derecho a la libertad de expresión no debería exagerarse.

15. Aunque en otros aspectos estoy de acuerdo con las conclusiones de la mayoría, por las razones antes reseñadas llego a la conclusión de que no existió violación al Artículo 10 de la Convención en el presente caso.

Bowman vs. el Reino Unido.

Estado constitucional, garantismo y proporcionalidad
en una sentencia del Tribunal Europeo
de Derechos Humanos

Raúl Ávila Ortiz

Introducción

Este ensayo es producto del análisis de la sentencia conocida como *Bowman vs. el Reino Unido*, resuelta en 1998 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

La sentencia *Bowman*, en pocas palabras, resolvió por mayoría de votos a favor de Phyllis Bowman, longeva y persistente activista inglesa por los derechos humanos, fallecida en 2012, la inconvencionalidad europea de una disposición legislativa del derecho nacional del Reino Unido. Esta regla del derecho electoral inglés fijaba un límite superior de cinco libras al gasto realizado por terceras personas en publicidad a favor o en contra de candidatos del distrito electoral durante las campañas electorales. La decisión del tribunal se justificó en que el cuestionado límite legal era desproporcionadamente restrictivo de la libertad de expresión de los ciudadanos en relación con el propósito legal de garantizar los principios de equidad en la contienda e igualdad y libertad de los votantes en una sociedad democrática. Esto, en particular, considerando que los hechos que motivaron el caso ocurrieron en el contexto del debate público electoral y las posiciones ideológicas no expuestas en los programas de los partidos y

candidatos acerca de los derechos de los no nacidos y la experimentación con embriones.

La sentencia, sin embargo, no fue unánime. Como suele ocurrir en tales casos, los razonamientos en los votos disidentes devinieron igual o más esclarecedores que el sentido y la justificación de la resolución prevaleciente, pues revelaron sus fortalezas y debilidades en la aplicación del principio de proporcionalidad y la operación del juicio de ponderación.

Por ello, la sentencia *Bowman* involucra un haz de problemas entrelazados: la difícil y prolongada construcción del nuevo paradigma del Estado constitucional y democrático de derecho; las fronteras de la garantía supranacional de la democracia electoral y los derechos humanos; los alcances y límites de la racionalidad en la aplicación del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación; así como la persistente interacción entre política y función jurisdiccional. Las cuestiones involucradas son ilustrativas de todas las jurisdicciones nacionales y supranacionales contemporáneas.

En el trabajo se analiza la resolución no solo en sus contenidos jurídicos y sus dimensiones técnicas. Lo hace, de entrada, en el amplio marco intelectual de algunas de las principales teorías del conocimiento y del derecho de nuestro tiempo. Se refiere, incluso, el marco institucional o entramado jurídico de competencias nacionales y supranacionales europeas en derechos humanos. Se trata el contexto histórico y sociopolítico significativo en que tuvo lugar la sentencia. Se alerta de la presencia de casos semejantes en otras experiencias nacionales y sistemas constitucionales.

Para ello, este reporte se presenta organizado en las siguientes secciones:

Primero, se ofrece un breve repaso, conforme con la teoría del conocimiento, de la dinámica de relevo e implantación de nuevos paradigmas científicos, lo que ha ocurrido en el último medio siglo en Europa como consecuencia de la sustitución del Estado de legalidad por el Estado de constitucionalidad y acaece en México y América Latina. Asimismo, como parte de esta transformación histórica, se recupera teorización acerca de la concepción de la justicia electoral en sede judicial en tanto garantía límite de la democracia constitucional y de la sociedad de derechos y deberes. Además, se hace referencia al tema del control de convencionalidad y el principio de proporcionalidad, lo que conformó la médula jurídica del caso en estudio y ha devenido componente sustancial en la conformación del Estado constitucional.

Segundo, se explora el origen y la actualidad de la institucionalidad judicial supranacional que opera en Europa para controlar la presunta violación de derechos humanos en ámbitos nacionales, en este caso, en el segmento de la materia político-electoral, con el objeto de asegurar la regularidad del ordenamiento jurídico común europeo.

Tercero, se resume la sentencia conocida como *Bowman vs. el Reino Unido*, analizando y comentando no solo el documento, sino el contexto sociopolítico en que tuvo lugar. Esto es, se describe el perfil de Bowman, sus ideas y la lucha histórica en la materia, antes de analizar los contenidos de la resolución. En particular, se hace hincapié en los motivos de las divergencias entre la mayoría y las minorías disidentes en la votación final de la resolución en el seno del TEDH, a efecto de enfatizar sus fortalezas y debilidades en la aplicación del principio de proporcionalidad.

Cuarto, se presenta una referencia comparativa de resoluciones en el mismo ámbito temático de Estados Unidos de América como en países iberoamericanos poniendo en relieve la importancia de la cooperación internacional y el diálogo jurisprudencial entre las cortes para enriquecer su desempeño jurisdiccional.

Quinto, se realiza una breve discusión en el terreno del derecho electoral mexicano con el fin de apreciar la relevancia actual del tema, pues ha generado, y continuará provocando, casos difíciles de resolver para la jurisdicción constitucional.

Al optar por la estrategia metódica descrita, deseo reiterar la importancia de entender que en nuestros días los textos son más objeto de lectura e interpretación que de escritura y decreto autoral unilateral.

Quien esté leyendo estas líneas y se adentre en el texto de este reporte, deberá de reinterpretarlo y reescribirlo críticamente para aumentar la contribución a la ciencia, los saberes y la vida pública democrática.

El ensayo no es más que un insumo para continuar la conversación entre actores, sujetos y operadores jurídicos, promovida de manera constante por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), en este caso mediante su Coordinación de Jurisprudencia, Seguimiento y Consulta, a la que agradezco de antemano su atenta invitación.

Estado constitucional y la justicia electoral como garantías de la democracia¹

En epistemología, la noción de revolución científica está ligada al nombre del físico Thomas Khun y las ciencias naturales. De manera progresiva, la noción se extendió a las ciencias sociales y las ciencias jurídicas, en la que se aplica justificadamente.² En el ámbito de la sociología de la ciencia, el concepto de revolución científica remite a las nociones de paradigma y ciencia normal. La noción de paradigma, controvertida ya durante mucho tiempo, admite un sentido limitado cuando hace referencia a un simple ejemplo, es decir, a que algo o alguien es un “paradigma” o “ilustración” en tanto representa una caracterización, o bien, acepta un sentido complejo, arquetipo o marco como referencia para la actividad científica (por ejemplo, el marxismo o el formalismo jurídico, o bien, el normativismo crítico, el neoconstitucionalismo y el garantismo).

El paradigma incluye diversos elementos: visión del mundo; lenguaje; conjunto de teorías compatibles con esa visión; serie de problemas, cuestiones y aplicaciones conforme con aquel lenguaje; procedimientos y técnicas para resolver estos problemas, y desde luego, muestras relevantes de esos modelos de solución. En este sentido, el paradigma puede expresarse en manuales o guías para la formación y la capacitación de los científicos y los practicantes que asumen una visión compartida del mundo y comparten el lenguaje, las teorías, los procedimientos y las técnicas para resolver los problemas que se plantean.

En tiempos de ciencia normal, la actividad científica opera de acuerdo con un paradigma porque hay un consenso respecto de los presupuestos de su validez y eficacia, aun cuando existan, de acuerdo con el más importante epistemólogo del siglo xx, contraejemplos marginales que lo desautoricen (Popper 1994). Pero cuando estos se multiplican exhiben las anomalías del paradigma, por lo tanto, lo desestabilizan. De allí se sigue el cuestionamiento generalizado a sus presupuestos fundamentales y, enseguida, el abandono de un paradigma por otro

¹ En esta sección empleo textos propios ahora revisados y actualizados, originalmente contenidos en Ávila (2013), a su vez fundados en la lectura de Khun (1971) y Pérez (1999).

² Véase Cossío (2000), o bien, Carbonell y Salazar (2011) y Ferrer (2011).

nuevo. En esta dinámica consiste la revolución científica, también la vida social e institucional.

El propio Khun precisó que el cambio de paradigma reúne ciertas características: es global, en el sentido de modificar la visión del mundo, el lenguaje, las teorías y las formas de plantear y solucionar los problemas científicos; es multi-causal dado que incluye factores sociológicos, institucionales y hasta psicológicos; es inconmensurable, puesto que el cambio, si bien puede ser abrupto e incluso imperceptible, suele presentarse en solución de continuidad entre los elementos viejos y los nuevos; es relativo, pues todo fenómeno admite explicaciones e interpretaciones diversas y cada una puede ser convincente dependiendo del fin o el propósito con que se utilice la teoría, razón por la que no se reconoce una realidad objetiva independiente del sujeto cognoscente factible de ser representada fielmente por medio de operaciones mentales y del lenguaje, de modo que es difícil evaluar si un paradigma es mejor o peor que otro, aunque se perciba lo contrario.

Desde luego, al presentarse tales características en la transición de un paradigma a otro, es decir, en la operación de la revolución científica, aparece la tensión y posible contradicción entre ciencia y poder, ya que el científico corre el riesgo de tornarse un político científico. Si esto sucede, entonces se optará conscientemente por una ideología envuelta en forma de epistemología, una práctica en que la verdad encubre un nuevo tipo de dominación respaldado en la retórica que disimula la politización de la ciencia. Para no incurrir en dicha perversión sin renunciar al impulso del cambio paradigmático, la sutil distinción entre autonomía de la ciencia y la autonomía de la política deberá incluir un conjunto de estrategias de comunicación e interacción entre científicos y políticos, a la vez que mantener la claridad en el hecho incontrovertible de que la ciencia no tiene su origen en el poder sino dentro de su propio ámbito, el cual corresponde a la técnica. Verdad incómoda que con frecuencia encalla en el piso de la política.

En efecto, es importante advertir que las revoluciones científicas no tienen lugar en el laboratorio o en el vacío social. Por el contrario, se gestan y operan en la esfera de contextos sociales y políticos enraizados en instituciones previamente construidas y evolucionadas. Con frecuencia son estas, en tanto legados del pasado, las que facilitan o dificultan la implantación del nuevo paradigma. Permítaseme elaborar un poco más.

A la luz de tales aprendizajes, a diferencia de los institucionalistas clásicos, quienes se enfocaban en el derecho escrito y las organizaciones formales para explicar el conjunto de incentivos, recompensas y sanciones que motivan la conducta humana, la corriente neoinstitucional valora el peso de las variables informales o contextuales en el funcionamiento de las instituciones, en este caso, de las jurídicas.³

El concepto de contexto sociopolítico, lo mismo en economía que en ciencia política, derecho constitucional, políticas públicas o derecho electoral, ha adquirido una relevancia tal que no se entiende hoy disociado de la estructura y el funcionamiento de las instituciones, sean educativas, políticas, económicas, sociales o jurídicas.

El contexto sociopolítico, en North, equivale simple y llanamente a la cultura, es decir, una dimensión conductual informal, compleja y poco conocida si se le compara con el saber de que se dispone respecto a las instituciones formales (constituciones, contratos, etcétera) que determina la información más o menos adecuada disponible para la toma de decisiones racionales y eficientes, por consiguiente, para la operación institucional productiva.

Las instituciones formales, a diferencia de las informales, pueden modificarse en plazos cortos mientras que unas y otras están condicionadas por la percepción subjetiva de las personas que interactúan y evolucionan con estas. En perspectiva económica, las instituciones formales y sus restricciones informales afectan los costos de producción y transacción, y de allí la trascendencia de los diseños organizativos y las prácticas concretas.

Por medio del contexto, en Nohlen, se denota el ambiente histórico y social que circunda interactivamente a la estructura y al funcionamiento del sistema político constitucional formal, en el que operan de modo circular el sistema de gobierno, el sistema electoral y el sistema de partidos políticos. Incluye, por lo tanto, variables y factores causales, tales como la estructura social, sus líneas de

³ Esta afirmación cobró especial fuerza a partir de las contribuciones de Douglass North (1989 y 1993) a la historia de la economía y la aplicación por parte de Dieter Nohlen a la ciencia política y el derecho constitucional, en su ya extensa obra [por ejemplo, Nohlen (2005 y 2007)]. Véase también Ortiz (2006) en su amplia interpretación del paradigma teórico-práctico nohleano.

conflicto y su profundidad: divisiones étnicas, lingüísticas y religiosas; de clase o estrato social, región, entorno social, generación, género y cuestiones controversiales; ya históricas o políticas; o bien las prácticas sociales y políticas añejas que definen en el largo plazo ciertos patrones institucionales que no pueden ser modificados con facilidad.

La revolución científica y el cambio institucional, que ocurren en la dimensión informal que posteriormente se formaliza mediante el diseño institucional, resultan una función tanto del paradigma científico con implicaciones políticas como de su contexto sociopolítico.

La revolución científica y los cambios institucionales, jurídicos y culturales que han tenido lugar en Europa en la segunda mitad del siglo xx representan una de las mutaciones civilizatorias más significativas en la historia moderna y contemporánea de la humanidad, cuya influencia se ha extendido al mundo iberoamericano a lo largo de los últimos tres decenios y medio. En buena medida, de sus enseñanzas y aprendizajes, de sus éxitos y fracasos, necesariamente contextuales, habrá que conocer y comprender más para prever experiencias futuras.

Del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho

La revolución científico-jurídica europea de la segunda mitad del siglo xx está asociada a la experiencia histórica y el progreso del pensamiento continental e insular. Pasa por la competencia, en Europa continental entreguerras del paradigma jurídico formalista, el sociologismo jurídico y el positivismo jurisprudencial, en el lenguaje de Vega (1998); y, en Europa insular, léase en Inglaterra, por la transición del paradigma jurídico formalista al realismo jurídico y su tradicional historicismo institucional. Se nutren, unos y otros, particularmente la primera, con los aportes de la ciencia jurídica alemana, italiana y francesa, a la que habrá de sumarse la importante contribución analítica, argumentista y difusora de los últimos treinta años de la vida académica española relevante.⁴

⁴ Fundo estas afirmaciones en el estudio y difusión de la obra, entre otros, de los alemanes Schneider (1991), Alexy (1997), Böckenförde (2000), Haberle (2003), Luhmann (2002), De

La revolución científico-jurídica contemporánea se basa, en Europa continental, en el programa epistémico, teórico y metodológico del normativismo crítico; en tanto que en Europa insular el pragmatismo, vinculado al realismo jurídico, le imprime el giro del análisis económico del derecho propio de su contexto sociopolítico.

Es así que, por una parte, la revolución científica del normativismo crítico, iniciada por Norberto Bobbio y consumada por Luigi Ferrajoli y sus seguidores, da lugar al garantismo jurídico y entronca con el neoconstitucionalismo, y por la otra, encamina el antiguo formalismo jurídico, de la mano de Wendell Holmes, John Hart, Ronald Dworkin, Richard Posner, entre otros, al realismo jurídico y a versiones posmodernas y pragmáticas de comprensión hermenéutica y operación argumentativa del derecho (Ávila 2001 y 2011).

Dicho en breve, de un lado, en Europa continental el normativismo crítico modela el normativismo formalista al asumir las nociones de validez formal y democracia procedimental y complementarlas con las de validez y democracia sustancial, rigidez constitucional y derechos humanos fundamentales. Se garantizan los derechos civiles, políticos, sociales y culturales, individuales y colectivos, frente a la voluntad del poder, sea gubernamental o privado, mediante principios inherentes a la democracia constitucional (desde la división de poderes y la Constitución internacionalizada hasta la tutela judicial efectiva). En el Estado de legalidad, ajeno a los contenidos de la Constitución, permean los principios y las reglas en clave democrática, propios del Estado constitucional, incluso la garantía estructural y procesal de los derechos.

Pero, por otro lado, en Europa insular el antiguo formalismo y utilitarismo jurídicos se reorientan hacia el realismo sociológico y el pragmatismo para enfatizar las nociones de validez y eficacia de normas jurídicas fruto de la aplicación práctica de creencias normativas que por reiteración histórica se convirtieron en instituciones aceptadas como virtuosas en razón de sus resultados concretos para individuo y sociedad.

En apretadas líneas, siguiendo a Ferrajoli (2005, 2008 y 2011), cabe recordar y detallar una cadena de las diferenciaciones de tres etapas del desarrollo

Giorgi (1998) y Habermas (2001); los italianos Bobbio, Ferrajoli (2005, 2007 y 2011) y Comanducci; el francés Favoreu, y los españoles Aragón, Atienza y Moreso.

del Estado y dos formas del Estado de derecho, en particular en el contexto europeo.

El Estado premoderno y el derecho medieval, previos a la Época moderna, les habría caracterizado la pluralidad fragmentaria, doctrinal y jurisprudencial de las fuentes jurídicas con orígenes políticos diversos (rey, Iglesia, corporaciones, municipios); la equivalencia entre ley y justicia; la preeminencia de la autoridad normativa de la doctrina y del iusnaturalismo –que establece un techo de valores común al cual el derecho positivo queda subordinado– como teoría jurídica privilegiada, y un papel normativo a la ciencia jurídica que se confundía con el propio derecho, incluso.

En una etapa subsecuente, la del Estado-nación, el Estado moderno habría atestiguado la emergencia de la unificación monopólica de las fuentes del derecho mediante su producción legislativa y su expresión en la codificación; la disociación entre justicia y ley, colocando en su lugar las condiciones de validez formal del derecho; la preeminencia de la autoridad del legislador –y el administrador–; un papel limitado al juez mediante la observancia del principio de legalidad que lo vincula y hace del juicio una operación formal cognoscitiva de verificación de los términos de la ley; el juspositivismo como teoría jurídica predominante, y un papel cognoscitivo y descriptivo del derecho a la ciencia jurídica, la cual se despoja de su carácter normativo tradicional. Este paradigma, fundado básicamente en el principio de legalidad, equivale al Estado de derecho legislativo, dado que la ley es válida en la medida en que se establece por los poderes públicos: el legislador, sin que se prejuzgue acerca de sus contenidos.

En una etapa posterior, retomada luego del periodo entre las dos guerras mundiales, el Estado posmoderno o Estado internacional se distingue por aceptar una nueva pluralidad, sub y supranacional y aún extraoficial de las fuentes del derecho; la concepción y a conformidad de las condiciones de validez formal y material o sustancial –de contenidos democráticos predominantes– de las normas con respecto a la Constitución; sustitución del principio de legalidad por los principios de supremacía y rigidez constitucional, que operan como límites a las mayorías contingentes frente a los derechos fundamentales; el constitucionalismo como teoría jurídica determinante, y la asignación de un papel crítico y proyectivo a la ciencia jurídica; una nueva función creativa y no mecánica del juez que debe, como último recurso: corregir la deficiencia de la función legislativa potencialmente

violatoria de los derechos, así como suplir las lagunas y antinomias proyectando incluso las garantías conducentes a tal fin.

Este paradigma, fundado en el principio de constitucionalidad, da forma y contenido democrático, con base en las líneas ideológicas del liberalismo –prerogativas fundamentales individuales o de libertad– y las aspiraciones sociales –derechos fundamentales colectivos o sociales– mediante las garantías normativas, al Estado constitucional de derecho. Este, al igual que el Estado legislativo, no está exento de dilemas y problemas de dispersión y contradicción normativa, cuya reintegración y coherencia están motivadas en la centralidad y esencialidad de los derechos fundamentales.

En efecto, el discurso de los derechos fundamentales resulta piedra angular en el marco de una organización política que ubica una franja de intereses humanos intocables –coto vedado o esfera de lo indecible– especialmente para las mayorías legislativas coyunturales y que forman parte del patrimonio cultural jurídico democrático de la humanidad. A ese núcleo de derechos fundamentales le corresponde un conjunto de garantías normativas e institucionales para hacerlos efectivos de modo que, considerando que el acervo jurídico cultural dinámico de la humanidad identifica en esa especie de derechos tanto a los de carácter individual como colectivo, entonces el Estado constitucional encierra un conjunto mínimo de derechos sociales para hacer viables los derechos individuales: el llamado neoconstitucionalismo, es decir, una serie de teorías específicas acerca de la ley máxima completa el nuevo paradigma.

Si en el Estado constitucional los derechos fundamentales son la piedra angular y la Constitución tendrá que cumplirse formal y sustancialmente, entonces principios tales como la democracia representativa y participativa, la división de poderes, la legalidad, el federalismo, el control judicial constitucional, la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad forman parte de las garantías normativas secundarias para asegurar su efectividad, y así deben interpretarse. La independencia judicial y el actuar creativo, interpretativo y argumentativo de los jueces, en particular del constitucional, resultan sobresalientes. Más que Constitución, reflejo de las aspiraciones de una comunidad nacional integrada histórica, territorial y culturalmente; se trata de un conjunto de garantías de diversa fuente jurídica e institucional que asegure la efectividad multidimensional –en cualquier parte del planeta y en varios niveles de aplicación normativa– para los

seres humanos, de principios tales como el derecho a la libertad y a la igualdad efectiva, todo lo cual queda asegurado, en última instancia, por el poder de la justicia constitucional nacional reforzada por la garantía de la justicia metanacional.

Ahora bien, la revolución paradigmática en el ámbito de la ciencia del derecho comprende, de manera relevante, la inmigración de la moral al derecho en forma de principios que portan la moral pública de conglomerados humanos determinados en el tiempo y el espacio. Esta es fruto de pactos entre fuerzas políticas plurales representativas de las preferencias sociales, se expresa en enunciados normativos, o bien, en prácticas institucionales formalizadas mediante precedentes judiciales que integran un bloque constitucional sistemático intra y extranacional depositario, por lo tanto, de las creencias justificadas mayoritarias dentro de los estados-nación concurrentes al concierto de la comunidad internacional. Esta última, a su vez, construye y opera garantías metanacionales de tales consensos jurídico-político-morales. Entre ellos, los tribunales internacionales de derechos humanos.

Así que la obligada lectura moral contemporánea de las constituciones y los materiales legislativos y jurídicos conduce, por medio de operaciones especializadas entre las que se cuentan la aplicación del principio de proporcionalidad mediante la ponderación, a optimizar principios y reglas a fin de maximizar el beneficio individual y social motivado en el goce y ejercicio armónico de los derechos en juego. Por lo tanto, el papel de la justicia cobra trascendencia histórica y las garantías normativas, orgánicas y procesales que revisten a la institución devienen cruciales para su estructuración, operación y efectividad. Yace atrás, en definitiva, el Estado legislativo de derecho a causa de una revolución científico-jurídica aún en curso. Aparecen, al mismo tiempo, nuevos problemas que la ciencia y la práctica jurídica deben afrontar y resolver, señaladamente, la perenne tensión entre derecho, política y justicia, así como la racionalidad de la justicia institucionalizada y hasta sus limitaciones técnicas y humanas. Se examinan de manera breve estos problemas, ya que se hacen patentes en la sentencia *Bowman*, en el ámbito del derecho electoral.

Justicia electoral como garantía despolitizada y cosmopolita de la democracia

En cuanto la tensión entre derecho, política y justicia, si el Estado constitucional democrático de derecho se ha estructurado en el seno de las sociedades occidentales desde la segunda posguerra para garantizar libertades y derechos, la justicia electoral –en particular la justicia constitucional electoral en sede judicial– se ha consolidado como la garantía secundaria de última instancia de los derechos político-electorales. Por ende, hoy opera como garantía jurisdiccional de la democracia electoral. Esta garantía, en el estado posmoderno contemporáneo, se desdobra en jurisdicciones nacionales y supranacionales.

Si en el siglo XIX y en el periodo entreguerras prevalecieron en Europa sistemas de control constitucional mediante el órgano político en sede legislativa, después de la Segunda Guerra Mundial y a lo largo del establecimiento de la Unión Europea las garantías judiciales, propias del Estado constitucional, adquirieron carta de naturalización en la medida en que se avanzó en el proceso democrático, se expandió el poder judicial y se depositó en este la confianza de los actores políticos y la ciudadanía para resolver en última instancia sus controversias relevantes (Tate y Vallinder 1995; Souza 2004).

Apareció, por tanto, junto a las jurisdicciones nacionales de los estados integrantes de la Unión Europea, la jurisdicción supranacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), una de cuyas atribuciones es precisamente el control de convencionalidad según los principios y las reglas comunes aplicables en la materia a sus sujetos legitimados en ese espacio territorial.

En las democracias contemporáneas, según ha quedado demostrado con suficiencia (Orozco 2010), la justicia electoral, cuya misión radica en garantizar que actos, resoluciones y resultados electorales se apeguen a derecho y que el goce de los derechos electorales sea protegido y reivindicado mediante el uso de recursos impugnativos, se ha extendido por todo el planeta, a la vista de que su ausencia puede provocar daños sociales y políticos irreparables.

La justicia electoral, a su vez, está constituida por una serie de garantías orgánicas y procesales que estructuran organismos judiciales nacionales y supranacionales encargados de resolver los conflictos inherentes a la competencia política. Una de las principales justificaciones y tensiones es la despolitización

de la justicia cuando es producto de la política, se supone que se autolimita para lograr respetar recíprocamente sus autonomías.

Según lo he desarrollado y reseñado en otros textos (Arenas, Ávila, Orozco y Silva 2003; Ávila 2012), la justicia electoral incide en la conducción del proceso y los sujetos electorales, su perfil depende en buena medida del contexto histórico-político en que se construya y opere, que a su vez está constreñido por diversos principios democráticos, por ejemplo, los de independencia e imparcialidad, transparencia y eficacia, accesibilidad, oportunidad, inclusión e igualdad de oportunidades. Debe de funcionar bien y proyectar como corresponde esta imagen si es que aspira a suministrar credibilidad y legitimidad democrática a procedimientos y resultados electorales. La importancia y trascendencia de la justicia electoral en la actualidad está fuera de duda.

Además, incluye elementos preventivos, contenciosos y de solución alternativa de conflictos, al mismo tiempo que se manifiesta en medios impugnativos y resoluciones electorales, administrativo-sancionadoras y penales. Los derechos político-electorales, que la justicia electoral tutela, pueden hallar su fuente legislativa en los órdenes nacional e internacional, según ocurre en Europa y América, en donde el derecho constitucional continúa recorriendo su relativamente joven camino cosmopolita en busca de horizontes preceptivos comunes fertilizados por la globalización (Bogdandy, Ferrer y Morales 2010; Serna 2012).

La justicia electoral debe cubrir, por lo tanto, las etapas del proceso electoral, así como los actos y las resoluciones de las autoridades electorales dentro y fuera del tiempo de los procesos comiciales, a efecto de garantizar plenamente los derechos en juego.

Se traduce, por ello, en un conjunto de medios o mecanismos institucionales y técnico-jurídicos para ejercer control sobre actos, procedimientos y decisiones electorales mediante organismos administrativos, judiciales, legislativos e internacionales, incluso. En efecto, se confirma, revoca o modifica el acto o la resolución electoral impugnados, de tal suerte que se protejan o reivindiquen los derechos electorales, según sea el caso, ya en forma directa corrigiendo la irregularidad, o indirectamente sancionando a quien comete faltas o delitos.

En perspectiva comparada, los diseños institucionales de la justicia electoral permiten registrar varias modalidades, pero el más frecuentado y reconocido es

el que privilegia al órgano de justicia que decide en última instancia.⁵ Conforme con dicho criterio, hay cuatro modalidades:

- 1) Organismo legislativo o asamblea política: (Reino Unido antes de 1868 y Francia antes de 1958), ya sea puro o mixto (en varias combinaciones legislativo-judicial: Argentina, Bélgica, Estados Unidos de América, Letonia o Lituania).
- 2) Judicial: mediante la justicia ordinaria, constituye la modalidad más común, en particular vía la corte suprema –Australia, Canadá, India, Paquistán y el Caribe anglófono, países de Europa central y del este, norte de África y Asia –Japón, Taiwán o Corea del Sur–; tribunales o consejos constitucionales –Armenia, Austria, Bulgaria, Burkina Faso, Camboya, Camerún, Croacia, España, Francia, Kazajistán, Moldavia, Montenegro, Mozambique, Portugal, República Checa o Rumania–, juzgados administrativos –opción menos frecuente, por ejemplo en Colombia y Finlandia–, y tribunales, consejos o cortes electorales especializados –Albania, Chile, Ecuador, Grecia, República Dominicana, México, la Autoridad Palestina, Perú, Sudáfrica y Suecia, sin olvidar a Brasil, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá o Paraguay–; organismos especializados y permanentes pero cuyas resoluciones son impugnables ante instancias judiciales superiores.
- 3) Organismo electoral con competencias judiciales –paradigmáticamente, Costa Rica y Uruguay–.
- 4) Organismos *ad hoc* creados con carácter transitorio y el involucramiento de instancias internacionales –en su momento, Afganistán, Bosnia y Herzegovina, Camboya y Timor Oriental–, o como organismo nacional en tanto solución institucional –Nepal–.

En todos los casos, es posible distinguir entre garantías orgánicas o estructurales y garantías procesales. Las garantías orgánicas o estructurales son instrumentos orientados a asegurar la autonomía, la independencia y la imparcialidad de los organismos que resuelven controversias electorales, en tanto que las garantías

⁵ Este criterio de comparación ha sido propuesto y desarrollado largamente por Orozco (1993, 2008 y 2010).

procedimentales son las medidas jurídicas que coadyuvan a asegurar la idoneidad de los medios impugnativos y la efectividad y eficiencia del mecanismo de resolución de los conflictos electorales.

Si es evidente la tendencia comparada a judicializar la última instancia dentro del sistema de justicia electoral construyendo un mecanismo funcional de resolución de conflictos electorales, entonces la modalidad institucional que se adopte debe estar protegida de factores externos e internos que pudieran vulnerar los principios y las garantías. Igualmente, en tanto la revisión judicial electoral prevalece por encima de las soluciones propiamente políticas, debe responder a principios jurídicos y no políticos, tales como un marco constitucional o legal previamente establecido y no posterior al hecho a juzgar; debe estar fundada en el razonamiento legal y no en consideraciones políticas; debe ser obligatoria y no potestativa, una vez que ha ingresado a su jurisdicción; y debe aplicar todas las capacidades técnicas que posibiliten su independencia e imparcialidad.

Se destacan cinco principios guía a partir de los cuales se desarrollan las garantías estructurales de un mecanismo de resolución de conflictos electorales: 1) independencia del organismo que resuelve los conflictos; 2) independencia e imparcialidad de sus miembros; 3) régimen de rendición de cuentas y responsabilidades de estos últimos; 4) su integridad y profesionalismo, y 5) la independencia financiera y la sustentabilidad de la institución.

En cuanto a la independencia, sus garantías pasan por estar declaradas en el marco jurídico, constitucional o legal; operar en la práctica o funcionalmente, ya como órgano límite de control, ya de manera permanente, con capacidad normativa interna, de iniciar leyes en materia electoral y sentar precedentes judiciales obligatorios; y por contar con independencia administrativa y financiera, dada por el suministro presupuestal, incluso, por su capacidad para contratar créditos para complementarlo en caso de insuficiencia (el caso de Guatemala) resultante de su gestión directa o indirecta ante el poder legislativo.

La independencia e imparcialidad de los miembros del organismo depende del reconocimiento de tal condición en la Constitución, del procedimiento de nombramiento, de los requisitos de idoneidad y el profesionalismo, la estabilidad en el cargo, la remuneración apropiada, la incompatibilidad con el desempeño de otros cargos y las previsiones para excusarse de la resolución de casos cuando su propia objetividad está en cuestión.

Hay al menos siete clases de garantías procedimentales en pro de la efectividad y la eficiencia en la resolución de conflictos electorales: 1) transparencia, claridad y simplicidad en las disposiciones que regulan el sistema; 2) la seguridad de la publicación y observancia de las disposiciones; 3) acceso a una justicia completa y efectiva en términos de tiempo, espacio y costo, desde el ámbito más cercano al ciudadano, como lo es la mesa de votación, hasta la última instancia de control constitucional; 4) justicia gratuita o de bajo costo; 5) justicia oportuna; con derecho a la defensa o a la audiencia y el debido proceso legal para las partes en el juicio; 6) ejecución plena y oportuna de las resoluciones, y 7) consistencia en la interpretación y en la aplicación de las leyes electorales.

Los medios impugnativos suelen integrar todo un sistema de justicia electoral y se encargan, en síntesis, de proteger y tutelar de manera integral y efectiva los derechos electorales de los ciudadanos, mismos que son reputados como derechos humanos fundamentales o precondiciones para el ejercicio de la dignidad humana en el marco de los sistemas sociales.

La operación de la justicia electoral en tanto garantía de los derechos humanos fundamentales y de la democracia contemporánea encara graves retos cuando se aboca a conocer y resolver conflictos que entrañan precisamente tensiones entre principios o derechos, y en particular cuando estas se dan en temas como la libertad de expresión y el financiamiento en las campañas, que suelen entrar en colisión con los principios de equidad en la contienda electoral, y la igualdad y la libertad del voto. Así aconteció en el caso *Bowman*.

Principio de proporcionalidad, derechos fundamentales y derecho electoral

Ciertamente, en cuanto la racionalidad de la justicia institucionalizada y sus limitaciones técnicas y humanas, en el caso *Bowman* también se puso a prueba uno de los más grandes retos de la justicia constitucional, esta vez de fuente supranacional no especializada en la materia electoral, sino, genéricamente, en materia de derechos humanos, dada la competencia, estructura y composición del TEDH. Se trató del grave problema del control de convencionalidad de un dispositivo de la ley electoral inglesa del año 1983, también de la aplicación del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación en una de las cuestiones más difíciles

de examinar: la tensión entre los principios y las reglas referentes a la libertad de expresión, la publicidad política pagada, la equidad en la contienda electoral y la libertad e igualdad del voto. Además, el caso emergió de un contexto sociopolítico históricamente singular, esto es, normado por el derecho consuetudinario inglés, complementado por legislación escrita mínima pero larga y ampliamente reconocido por sus virtudes democráticas. Más aún, el caso tuvo lugar en la década de los noventa, cuando en el contexto británico otra revolución científica, la revolución económica neoliberal, contribuía a ganar la batalla final en contra del bloque soviético y debilitaba ideología e instituciones de la longeva socialdemocracia europea, lo que cambiaría de manera profunda al mundo occidental y su orientación hacia el mercado en el futuro previsible (Harvey 2007). El pensamiento neoliberal de tendencia conservadora produce una notoria refracción en la lente con que se miran problemas morales relevantes, como los relacionados con los derechos políticos –de segunda generación– y los derechos reproductivos, de los no nacidos y la experimentación con embriones humanos –de primera y cuarta generaciones–. Todos estos envueltos en el caso Bowman.

En el tema del principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, baste para este documento desarrollar breves, si bien conducentes, consideraciones conceptuales de la revolución jurídica paradigmática (Alexy 2008; Bernal 2008).

En la doctrina jurídica contemporánea se propone que subsunción y ponderación representan las dos principales operaciones de aplicación jurídica (de reglas y principios, respectivamente); pero que la segunda es la menos conocida y ensayada aunque la más difícil de practicar con atingencia, además de estar sujeta a duras críticas refractadas en dudas acerca de su objetividad.

Esta clase de críticas son los que Bernal Pulido refiere como “irracionalidad de la ponderación” pues en su debilidad se entremezclan factores tales como la “indeterminación de la ponderación”, es decir, una fórmula retórica o técnica de poder sin claridad conceptual, estructura jurídica precisa y marco de referencia objetivo, expuesta por tanto a apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juzgador, de modo que imposibilita ofrecer una respuesta correcta única para los casos enjuiciados; la “inconmensurabilidad en la ponderación” dada la inviabilidad de comparar dos magnitudes radicalmente diferentes que, expresadas en principios, no guardan jerarquía ni medida común entre ellos, que no cuentan con una “unidad de medida” tampoco una “moneda común que posibilite la ponderación”; y la “imposibilidad de predicción de sus resultados” (Alexy 2008;

Bernal 2008) dada la particularidad de sus productos, su dependencia de las circunstancias del caso y no de criterios generales, lo que abona a la justicia del caso concreto y sacrifica las calidades de certeza, coherencia y generalidad del derecho. Son ese tipo de críticas las que juristas como Robert Alexy y otros tratan de remontar mediante refinadas formulaciones.

De acuerdo con Alexy, la legitimidad de la ponderación, crucial para el Estado constitucional, depende de su racionalidad y esta de su estructura igualmente, la legitimidad de la jurisprudencia constitucional. Las normas, mientras tanto, son reglas o mandatos definitivos, o bien, son principios o mandatos de optimización. Los principios dependen de las posibilidades fácticas y jurídicas que son determinadas por medio de reglas o principios que juegan en sentido inverso. El principio de proporcionalidad es el más importante en la dimensión del derecho constitucional material pues establece una relación de reciprocidad con otras reglas mediante los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Los dos primeros se vinculan a las posibilidades fácticas y el último a las jurídicas.

Dos leyes de la ponderación emergen de la dinámica de tales elementos: la primera, atribuida a Jürgen Habermas, se lee en términos de que “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro”. Aplicarla supone tres pasos, definir: 1) el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, 2) la importancia de satisfacer el principio que juega en sentido contrario, 3) si la importancia de esta última operación justifica la restricción o no satisfacción del otro. Ahora bien, la segunda ley, que Alexy define como de carácter epistémico, radica en que “Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención” (Alexy 2008; Bernal 2008).

En cuanto a la estructura de la ponderación, Alexy plantea un modelo triádico simple y otro triádico doble de la intensidad o el grado de la intervención en los derechos de defensa o de protección involucrados en la aplicación de un principio o su restricción. El primero comprende las intensidades o grados leve, reducido o débil; medio; y grave, elevado o fuerte. El segundo se desglosa hasta en ocho clases que van del levemente leve o muy leve al gravemente grave o muy grave pasando por el levemente medio, el levemente grave, el gravemente leve, el medianamente leve, el medianamente medio y el gravemente medio. Desde luego,

mientras más difusos sean los bienes o los valores protegidos por los principios entonces será más aplicable la triada simple o la triada doble. El que esto escribe agrega: a mayor difusión de valores y gradación de intensidades de intervención o restricción, mucho más complejas, imprecisas y opinables serán la racionalidad y la legitimidad de la ponderación. Al contrario, a menor gradación mayor generalidad y menor profundidad, y, por ende, menor racionalidad y legitimidad de dicha operación y su producto. Emerge aquí el problema de la irracionalidad en la ponderación y el riesgo de su subjetividad y politización, lo que ha obligado a esfuerzos intelectuales titánicos para contrarrestarla.

Sin poder profundizar aquí, debe decirse que a los principios y las reglas se les asigna pesos abstractos y concretos, ya en sede legislativa, ya en sede judicial. En abstracto y en sede legislativa, los principios suelen tener un determinado peso en relación con otros y sin que cuenten las circunstancias de cualquier caso concreto (tal el derecho a la vida sobre todos los demás). Hasta aquí parece no haber problema alguno, como no lo hay si los pesos son iguales. Mas si los pesos son abstractos similares o diferentes, pero no especificados y entran en colisión, o bien, si las reglas son superiores en su diseño y contenido a los principios, entonces inician las complejidades de la intensidad de las intervenciones legislativas concretas en unos y otros principios o reglas, escenario en el cual procede la valoración de la intervención conforme al modelo triádico simple a efecto de resolver racionalmente la ponderación y, en todo caso, con referencia a los pasos 2 y 3 de la primera ley de ponderación (importancia de la satisfacción de un principio y la restricción de otro). Lo anterior en el entendido de que no se trata de una comparación directa entre dos objetos sino entre significados constitucionales (o convencionales). Por supuesto, en los escenarios de “empate” en la ponderación, esta opera con un “margen de acción estructural” que reviste relevancia para delimitar competencias entre el tribunal constitucional, el legislador y la jurisdicción ordinaria.

El problema se torna aún más difícil en un caso concreto, pues se pondera el peso específico de un principio frente a otro o, peor aún, frente a varios. Debe advertirse que “el peso concreto de un principio es un peso relativo” dado que siempre habrá una diferencia de intensidades entre principios, medida por la importancia de los principios contrarios en el contexto específico. Por ello, el peso específico o concreto de un principio siempre será relativo en comparación con el de otros, de allí la crucial operación de justificación racional, empírica y jurídica

que debe ofrecer la ponderación, esto implica la justificación o injustificación de las intervenciones introducidas en unos u otros principios por el legislador y apreciadas, de ser el caso, por el tribunal ordinario.

Por ese género de dudas en torno a la ponderación, José Juan Moreso atribuye a la ausencia de ordenación o jerarquización legislativa de los principios su carácter sustancial, pero difuso, y el sesgo hacia el caso individualizado que suele distinguirla, las cuales en su opinión socavan el modelo de Alexy, el autor español propone pensar a aquella como un paso previo a la subsunción. Para ello, con base en el famoso caso del Titanic, plantea la pertinencia de iniciar delimitando el problema normativo o universo del discurso en el lenguaje de Alchourrón y Buligyn que él mismo cita; continuar con “la identificación de las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones” (Moreso 2008); seguir con “la consideración de determinados casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa”; después establecer “las propiedades relevantes de ese universo del discurso” para “posibilitar la determinación de las soluciones normativas”, y, por último, formular “las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso”. Según Moreso, esta estrategia para realizar la ponderación sería más “especificacionista” y menos “proporcionalista”, como la que puntualiza que corresponde y debilita al modelo de Alexy.

Ahora bien, nótese que cuando se presentan colisiones entre dos o más principios y las reglas que los desarrollan, la relatividad del peso de unos y otros expresada en sus significados constitucionales siempre estará presente. Es decir, aplicar el principio de proporcionalidad a los derechos fundamentales resulta siempre complejo, especialmente cuando el valor jurídico protegido es el acceso a los cargos públicos mediante las normas jurídicas electorales. Al respecto, ya se verá más adelante qué ocurrió en el caso Bowman.

Garantía supranacional de la democracia constitucional en la Unión Europea: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Cabe citar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también conocido como Tribunal de Estrasburgo, es el organismo jurisdiccional dedicado a enjuiciar las posibles violaciones de los derechos reconocidos en la Convención Europea de

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus protocolos, y que llegan a ser inferidas a los particulares por los estados parte. El tribunal tiene su sede en el Palacio de los Derechos del Hombre, en Estrasburgo, Francia.

El TEDH interviene cuando un demandante, que puede ser una persona física, una organización no gubernamental, un grupo de particulares o incluso un Estado han agotado todas las vías o recursos disponibles dentro del ámbito interno de los miembros de la convención. Fue creado conforme a lo dispuesto por el artículo 19 de dicho instrumento, el cual enumera los compromisos en materia de derechos humanos contraídos por los 47 estados miembro del Consejo de Europa, el cual es independiente de la Unión Europea. La ejecución de las sentencias del tribunal por los estados miembro que han sido condenados es supervisada por el Comité de Ministros, órgano decisorio del consejo. Las sentencias del TEDH son obligatorias para los estados concernidos y han conducido a la modificación de su legislación y práctica administrativa en numerosos ámbitos. Esta jurisprudencia ha hecho de la convención un instrumento dinámico para consolidar el Estado constitucional de derecho y la democracia en Europa.

Garantías orgánicas y procesales

El tribunal está revestido con garantías orgánicas y procesales o procedimentales. Se integra con un número de jueces igual al de las altas partes contratantes. Actualmente son 47, nombrados para un periodo de nueve años sin derecho a ser reelectos.

El pleno del TEDH elige a su presidente, dos vicepresidentes y dos presidentes de sección, su periodo es de tres años. Los dos vicepresidentes son, igualmente, presidentes de sección. En el seno de cada sección se constituyen a su vez comités de tres jueces por periodos de doce meses. De igual manera, se forman salas de siete miembros en cada sección, de modo rotatorio, con el presidente de la sección y el juez elegido a título del Estado en cuestión.

La Gran Sala, integrada por 17 jueces, se constituye por tres años. Aparte de los miembros *ex officio* (el presidente, los vicepresidentes y el presidente de sección), la Gran Sala se conforma mediante un sistema de rotación de dos grupos, que se alternan cada nueve meses. Cada uno debe tener en cuenta el equilibrio geográfico y reflejar las diferentes tradiciones legales de los estados parte.

Es, por lo tanto, muy notorio el complejo diseño institucional para garantizar la autonomía, la imparcialidad y la eficacia máximas de dicho órgano jurisdiccional.

Breve historia

El tribunal se fundó el 3 de septiembre de 1953, al adoptarse la Convención Europea de Derechos Humanos, que entró en vigor el 21 de enero de 1959. La primera reunión del tribunal transcurrió del 23 al 28 de febrero de 1959, el 18 de septiembre del mismo año aprobó su propio reglamento. El 14 de noviembre de 1960 dictó su primera sentencia (*Lawless vs. Irlanda*).

Su estructura fue rediseñada el 1 de noviembre de 1998, al entrar en vigor el Protocolo número 11, el cual elimina a la antigua comisión como único órgano facultado para promover ante el TEDH demandas contra estados que violen las disposiciones de la convención y permite a los agraviados acudir directamente. El 18 de septiembre de 2008, se dictó la sentencia número 10,000 del tribunal.

El 1 de junio de 2010 entró en vigor el Protocolo número 14, cuyo objetivo es garantizar la eficacia a largo plazo del tribunal y la creación de mecanismos judiciales flexibles. En el año 2013 fue adoptado el Protocolo número 16, el cual dispone la facultad que tienen los más altos órganos jurisdiccionales nacionales de solicitar la consulta del TEDH para la interpretación o la aplicación de los derechos y las libertades que se definen en la convención y sus demás normas.

Bowman vs. el Reino Unido. Un ejemplo de la democracia constitucional cosmopolita en construcción en el mundo contemporáneo y sus inevitables imperfecciones

La sentencia *Bowman*, resuelta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, representa un ejemplo más de los cambios profundos experimentados por el ordenamiento social, político, cultural y jurídico del mundo occidental contemporáneo o posmoderno. Refleja la mutación del Estado de legalidad al Estado de constitucionalidad cosmopolita, específicamente en el espacio europeo, y la maduración del derecho en términos de un sistema social para garantizar de mejor forma los derechos humanos, en este caso en materia electoral. Pero, a la vez entraña el

grave reto de analizar, evaluar y juzgar, mediante la ponderación de principios, derechos y reglas, la aplicación del principio de proporcionalidad, casos difíciles cuyo fondo, según se verá más adelante, se observa con mayor claridad al valorar los motivos vertidos en los votos disidentes de la resolución.

La señora Bowman

Phyllis Canty, o mejor conocida como Phyllis Bowman, fue una activista del derecho supremo a la vida, razón por la cual era opositora del aborto, el experimento con embriones humanos y la eutanasia. Nació en 1926 en el seno de una familia de religión judía en Inglaterra. A pesar de estar en los inicios de su vida pública a favor del aborto, posteriormente ponderó sus efectos sobre las mujeres y sus hijos nonatos, lo que influyó en ella para cambiar de parecer. Más tarde se convirtió en feligresa de la iglesia católica.

Pero fueron sobre todo las prácticas masivas de aborto, realizadas después de la implementación de la Ley del Aborto, de 1967, en Inglaterra, lo que motivó a Phyllis Bowman a presionar a las autoridades para reglamentar disposiciones y fijar políticas en favor de las personas por nacer.

Durante los años posteriores, Phyllis Bowman resaltó la ausencia de pronunciamientos por parte de los sucesivos gobiernos respecto a los efectos negativos, tanto físicos como psicológicos de las píldoras anticonceptivas y el aborto en la salud de las mujeres. También mantuvo una participación constante en los debates acerca de la experimentación con embriones y en la identificación de normas en favor de la eutanasia establecidas por las resoluciones del poder judicial.

Phyllis Bowman participó en la fundación de la Sociedad para la Protección de los Niños No Nacidos (Society for the Protection of the Unborn Child, SPUC) en 1967, la primera asociación provida y como secretaria general de la asociación hasta su renuncia en 1996. Cabe destacar que esta es una organización para la protección de los niños no nacidos que cuenta con alrededor de 50,000 socios en contra del aborto por simple petición y de la experimentación en el embrión humano.

El activismo de la señora Bowman conllevaría varios procedimientos gubernamentales en su contra. El más conocido ocurrió durante el periodo anterior a las elecciones legislativas de abril de 1992, cuando Bowman distribuyó un millón y medio de octavillas en diversas circunscripciones del Reino Unido, en las que

informaba la posición de los candidatos acerca del aborto y la utilización del embrión humano, también se precisaba el desarrollo del producto de la concepción y el feto a lo largo de los nueve meses de embarazo.

Por tales actos se hizo acreedora a una infracción presuntamente por difundir información dirigida a favorecer a algún candidato político durante periodos electorales, según lo establecido por la Ley sobre la Representación del Pueblo (Ley de 1983) del Reino Unido. El asunto fue sometido al tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos, el cual terminó resolviendo a su favor, aunque no por unanimidad.

En 2003 la señora Bowman estableció The Right to Life Charitable Trust, un fideicomiso para proveer apoyo financiero y especializado a mujeres embarazadas de escasos recursos. El 7 de mayo de 2012 falleció Phyllis Bowman.

Sentencia Bowman vs. el Reino Unido⁶

Inicio del procedimiento

Según se dijo antes, el asunto fue sometido al tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos (“la comisión”), y por el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte (“el gobierno”) los días 19 de octubre de 1996 y 7 de enero de 1997. El asunto tuvo su origen en una demanda (núm. 24839/1994) dirigida contra el Reino Unido, presentada por la señora Phyllis Bowman, ciudadana de este Estado, ante la comisión el 11 de marzo de 1994.

La demanda de la comisión remite a los artículos 44 y 48 de la CEDH (“la convención”), así como a la declaración británica de reconocimiento de la jurisdicción obligatoria del tribunal conforme al artículo 46. La demanda de la comisión y la demanda del gobierno tienen ambas por objeto obtener una decisión acerca de si los hechos enjuiciados revelan un incumplimiento del Estado demandado en relación con las exigencias del artículo 10 de la convención.

⁶ Aunque en la presente publicación se anexa la traducción al español del resumen de la sentencia, que me fuera facilitada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, me permito, respetando su orden, condensarla para facilitar su comprensión, desde luego bajo mi entera responsabilidad.

La secretaría recibió los informes del gobierno y de la demandante los días 3 de junio y 18 de julio de 1997, respectivamente. Los debates se desarrollaron en público el 27 de agosto de 1997, en el Palacio de los Derechos del Hombre, en Estrasburgo. Como resultado de las deliberaciones del 29 de agosto de 1997, la Sala de Primera Instancia, integrada en su mayoría mediante insaculación de los magistrados respectivos, se declaró incompetente en favor de una Gran Sala, la cual fue constituida el 30 de agosto de 1998.

La demanda social y política de la señora Bowman y su organización estaba dirigida a modificar la legislación del Reino Unido que autorizaba el aborto hasta la vigésimo segunda semana y la experimentación sobre el embrión hasta el décimo cuarto día. El motivo de lucha se fundaba en la falta de definiciones programáticas de los grandes partidos políticos en la materia, la cual se estimó que estaba cargada de fuerte contenido moral, por lo que los integrantes del Parlamento británico podían votar al respecto en conciencia. La señora Bowman y su organización adoptaron la visión de que si los electores habrían de inducir cambios legales mediante la elección de sus representantes al Parlamento, entonces deberían estar informados de las opiniones u orientaciones de los candidatos contendientes en relación con los temas referidos.

La señora Bowman distribuyó, durante el periodo anterior a las elecciones legislativas de abril de 1992 en diversas circunscripciones del Reino Unido, un millón y medio de octavillas, 25,000 en Halifax: un distrito emblemático por su papel histórico en la defensa de la soberanía inglesa frente a los franceses.

En el folleto se difundía la posición ideológica de los candidatos democrático-liberales, conservadores y laboristas acerca del aborto (es decir, en qué sentido se presumía que votarían en el Parlamento si ganaran las elecciones) y la utilización del embrión humano. Incluso, se informaba en modalidad gráfica la evolución del producto de la concepción y el feto a lo largo de todo el periodo de gestación, esto –en apreciación del autor– con notorio sentido conservador. En el folleto no se incluía orientación expresa alguna al votante pero a la vez conviene destacar que, en el contexto sociopolítico histórico relevante, la conexión entre la posición ideológica y política de la señora Bowman y su organización de activistas, de un lado, y la posición ideológica y política de los partidos y candidatos en liza por un cargo en el Parlamento, desde luego el partido conservador, de otro, era fácilmente inferible (véase el contenido del panfleto en el anexo de esta publi-

cación). Además, la elección tuvo lugar en 1992, año en que el primer ministro, John Major, consolidaría su liderazgo después de sustituir a Margaret Thatcher en 1990 y extendería la égida de los gobiernos conservadores-neoliberales en Gran Bretaña, desde 1979 hasta 1997.

La señora Bowman fue acusada, en términos del artículo 75, apartados 1 y 5 de la Ley sobre la Representación del Pueblo, que prohíbe el gasto de más de cinco libras esterlinas, por parte de una persona no autorizada, durante el periodo anterior a una elección, a efecto de transmitir información a los electores con miras a promover o facilitar la elección de un candidato.

Es importante resaltar que en el proceso, celebrado el 27 de septiembre de 1993 ante el Tribunal de Southwark Crown, el juez ordenó la absolución de la señora Bowman ya que el pliego de consignación que especificaba el ilícito no se había expedido dentro del año posterior al gasto aludido, conforme al plazo fijado por el artículo 176 de la misma ley. A pesar de lo anterior, la prensa hizo eco del asunto. Importante subrayar que la señora Bowman ya había sido declarada culpable por una infracción a dicho precepto legal en 1979 por la difusión de un folleto con anterioridad a las elecciones parciales en la circunscripción de Ilford-Nord, y aún después, en 1982, durante las elecciones al Parlamento Europeo. En los dos casos, había sido penalizada con una multa en gastos y costas.

Derecho y la práctica interna aplicables

Reiterar las reglas básicas que norman las elecciones al Parlamento británico es pertinente.

En primer término, conviene recordar que la Ley de Representación del Pueblo del Reino Unido data de 1949 y ha sido reformada en diversas ocasiones, una de ellas precisamente en 1983. Allí, es el primer ministro quien decide la fecha de la elección, anunciada entre cuatro y seis semanas previas a la jornada electoral.

En el Reino Unido se aplica el principio de mayoría simple en distritos uninominales, que hoy son 659, de los cuales un tercio está sujeto a resultados marginales o con elevada volatilidad. Los candidatos son nominados por los tres principales partidos nacionales —demócrata-liberal, conservador y laborista— y se admiten candidatos independientes, cuya nominación debe ser apoyada por diez personas con derecho a votar, deben depositar 500 libras esterlinas ante la autoridad hacien-

daria distrital y requieren obtener al menos 5% de los votos válidos para recuperar el depósito. Bien sabido es que el sistema electoral inglés sobrerrepresenta a los partidos con posibilidades reales de ganar al desigualar gravemente el valor de los votos en los diferentes distritos, en particular los ubicados en Escocia e Irlanda, por lo que se le considera un sistema electoral diseñado para construir gobiernos estables (Mitchel y Paul 2005).

Los candidatos no reciben financiamiento estatal para sus campañas pero, a fin de salvaguardar la posición de quienes no tienen acceso a recursos sustanciales, se regula el monto de los gastos en que puede incurrir un candidato desde el inicio de la campaña electoral hasta tiempo después de su término. El total varía ligeramente dependiendo del tamaño del distrito electoral, pero el promedio es de 8,300 libras esterlinas. Para asegurar que el límite no sea evadido, todo el gasto electoral de un candidato debe realizarse por medio de un agente electoral, a quien se exige rendir cuentas con posterioridad a la elección.

En virtud del artículo 75.1 de la Ley de 1983, cualquier persona, con excepción del candidato o de su agente electoral oficial, tiene prohibido incurrir en gastos para la promoción de la elección de un candidato. Específicamente:

No deberán realizarse gastos, con miras a la promoción o facilitación de la elección de un candidato en una elección, por una persona distinta del candidato, su representante y las personas autorizadas por escrito por el representante de la elección para:

- 1) De la celebración de reuniones públicas o la organización de mítines políticos; o
- 2) De la emisión de anuncios, circulares o publicaciones; o
- 3) De la presentación, de otra forma a los electores, del candidato o de sus opiniones o de la medida o naturaleza de su apoyo o desprecio de otro candidato, pero el párrafo (c) de esta subsección no
 - a) Restringirá la publicación de algún asunto relacionado con la elección en un periódico u otro diario o la radiodifusión realizada por la Corporación de Radiodifusión Británica (o la Autoridad de Radiodifusión Independiente),
 - b) Aplicará respecto de los gastos que no excedan en total la suma de cinco libras esterlinas (TEDH 1998, párrafo 19).

Importante advertir que la expresión “con miras a la promoción o facilitación de la elección de un candidato” (TEDH 1998, párrafo 19) había sido interpretada

por la Cámara de los Loes como la intención de evitar la elección de al menos un candidato determinado en el caso *Director of Public Prosecutions vs. Luft*, 1977; incluso, del inciso c, ii, se infiere que un particular no autorizado podría gastar con miras a la promoción o facilitación de la elección de un candidato —y evitar así la de otro— hasta cinco libras esterlinas, y que, por lo tanto, argumentando en contrario, sí podría gastar más de cinco libras en publicidad de un candidato, no en promoción. Además, según se explicará, los precedentes judiciales completan el enunciado normativo en el sentido de que el artículo 75 permite inferir que la obstaculización a la libertad de expresión por la vía del tope de cinco libras se refería al ámbito territorial del distrito electoral y no al de una región o al país. Entonces, se entiende que la señora Bowman debía ser juzgada tanto por el monto presuntamente gastado en sus panfletos como por su contenido en relación con el ámbito distrital, ya que la aplicación del principio de proporcionalidad exigía una operación jurídica interpretativa-argumentativa más amplia y profunda.

Ahora bien, la señora Bowman fue imputada por un ilícito al amparo de la sección 75(5) de la Ley de 1983, que a la letra dice:

Si una persona

- 1) Incurrir o auxilia, instiga, aconseja o facilita a otra persona el realizar cualquier gasto en contravención con [la sección 75] será culpable de una práctica corrupta (TEDH 1998, párrafo 20).

De acuerdo con el texto resumido de la propia sentencia, las personas juzgadas tras la acusación en virtud del artículo 75, apartados 1 y 5, están sujetas a una pena de encarcelamiento de un año o una multa que no excede 5,000 libras esterlinas. Además, según los artículos 160.4, 168.1 y 173 de la Ley de 1983, quien sea condenado puede perder durante cinco años sus derechos a votar en las elecciones, a ser elegido o a tomar asiento en la Cámara de los Comunes, o a ejercer funciones judiciales o públicas.

Otra importante precisión, según el resumen de la sentencia, es que en el artículo 75 solo se refieren los gastos vinculados con la elección de un candidato específico en una circunscripción concreta. No se prohíbe a un partido político, un particular o a una organización emplear recursos monetarios en hacer publicidad a favor o en contra de un partido político o una tendencia en general, en el ámbito

nacional o el regional, en tanto que no exista la intención de promover o perjudicar las oportunidades electorales de candidato alguno en lo particular en un distrito electoral concreto (ver *R vs. Tronoh Mines*, 1952, en *All England Reports* 697). La ley tampoco limita las donaciones privadas a los partidos políticos ni a los medios de comunicación al brindar apoyo u oponerse a la elección de ningún candidato en lo particular (Ley de 1983, sección 75, 1.c.i).⁷

Procedimiento ante la comisión

Cabe advertir que la demanda del 11 de marzo de 1994 (núm. 24839/1994) fue presentada conjuntamente ante la comisión por Bowman y la SPUC. Los dos demandantes alegaban que el proceso seguido contra la señora Bowman había violado el derecho a la libertad de expresión que les garantizaban los artículos 10 y 13 de la convención.

El 4 de diciembre de 1995, por 28 votos contra uno, la comisión admitió la demanda en lo relativo al artículo 10. Sin embargo, consideró que la SPUC no podía pretenderse víctima del proceso entablado contra la señora Bowman, por lo que declaró inadmisibile la demanda en cuanto al resto de sus pretensiones. En su informe del 12 de septiembre de 1996 (artículo 31), la comisión declaró, por 28 votos contra uno, que hubo violación del artículo 10 de la convención.

En su informe y en la vista ante la Gran Sala del tribunal, el gobierno sostuvo que, contrariamente a la opinión de la comisión, *la demanda debía ser declarada inadmisibile* conforme con el artículo 25 de la convención. En forma precautoria, sostuvo que *no hubo restricción a la libertad de expresión* de la demandante, conforme con el sentido del artículo 10.1 y que, suponiendo sin conceder que ello hubiere ocurrido, *habría sido necesaria dentro de una sociedad democrática* en términos del

⁷ En este punto enfatizo que, de acuerdo con mi interpretación del artículo 75.c.ii, el límite máximo de cinco libras esterlinas aplica para gastos privados publicitarios “con miras a favorecer la elección de un candidato” en el sentido de perjudicar a otro y que más allá de cinco libras no debe favorecer la elección de un candidato o perjudicar a otro. Si se acepta esta precisión, entonces dentro del universo del discurso normativo a considerar debía incluirse este enunciado y anticipo que ello no estuvo presente en la sentencia al aplicar el principio de proporcionalidad y ejecutar la ponderación.

artículo 10.2. La demandante solicitó al tribunal que constatará una violación del artículo 10 y, de acuerdo con el artículo 50, que le concediera una reparación equitativa.

Derecho convencional aplicable

Objeción preliminar del gobierno

El gobierno promovió una objeción preliminar y sostuvo que la señora Bowman no podía considerarse “víctima” de una violación de la convención, en el sentido del artículo 25.1: La comisión podrá recibir peticiones de cualquier persona que argumente ser víctima de una violación a los derechos establecidos por la convención por una de las partes contratantes de la misma, dado que la absolución de la demandante instruida por el juez competente el 28 de septiembre de 1993 imposibilitaba argüir que si el juicio hubiera continuado ella habría sido condenada o que la ley le habría sido aplicada en su perjuicio.

La demandante expuso que, como resultado de la aplicación que se le hizo de la sección 75 de la ley de 1983, había padecido ansiedad, el estigma y el gasto involucrado en el interrogatorio que le había practicado la policía, el juicio instruido en su contra y la publicidad conducente.

Por su parte, la comisión declaró que la señora Bowman sí fue afectada directamente por el proceso en su contra, por ello, se le podía considerar víctima de una injerencia.

El tribunal señaló que la señora Bowman había sido objeto de una medida de implementación, concretamente la instrucción de un juicio. Ciertamente fue absuelta, mas solo porque el pliego de consignación no se emitió dentro del plazo reglamentario. Sin embargo, el procedimiento en su contra implicaba que, a menos que modificara su comportamiento durante futuras elecciones, podría ser nuevamente procesada, condenada y castigada. Por lo tanto, en el sentido de su artículo 25.1, ella sufrió de manera directa los efectos de la legislación y era víctima de una violación de la convención.

Violación del artículo 10 del convenio

Existencia de una restricción. La señora Bowman alegó una violación a su derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 de la convención, cuyo texto literal establece:

- 1) Todas las personas tienen derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluirá la libertad de opinión y de recibir y difundir información e ideas sin la ingerencia de la autoridad pública y sin que ello esté limitado a las fronteras.
- 2) El ejercicio de estas libertades conlleva deberes y responsabilidades, puede sujetarse a tales formalidades, condiciones, restricciones o penas que establezca la ley que fueren necesarias en una sociedad democrática, en pos del interés de la seguridad nacional, la integridad del territorio o la seguridad pública, para la prevención del caos o la delincuencia, para la protección de la salud o la moral, para la protección de la reputación o los derechos de otros, para impedir la revelación de información recibida de forma confidencial, o para el mantenimiento de la autoridad o la imparcialidad del poder judicial (TEDH 1998, párrafo 30).

La comisión estuvo de acuerdo, no así el gobierno, lógicamente. El gobierno negó restricción alguna a la libertad de expresión arguyendo que el artículo 75 de la ley de 1983 restringía únicamente la libertad de las personas no autorizadas para incurrir en gastos con miras a la promoción o facilitación de la elección de un determinado candidato en una elección parlamentaria pero no su libertad de expresar opiniones o difundir información de manera más general.

La comisión, lo mismo que la demandante, destacó el hecho de que las autoridades penales estimaran que su conducta encuadraba en el supuesto de la prohibición reglamentaria discutida, lo que se tradujo en el riesgo de ser enjuiciada y, por tanto, causaba la restricción a su libertad de expresión.

El tribunal concedió, por una parte, que el artículo 75 de la Ley de 1983 no restringe directamente la libertad de expresión, sino que fija en cinco libras esterlinas la cantidad máxima que toda persona no autorizada puede gastar en publicaciones y otros medios de comunicación durante el periodo electoral (de cuatro a seis semanas previas al día de la elección). También concedió que la ley no limita los gastos relacionados con la transmisión de información y de opinión, en

general. Por otra parte –un tanto contradictoriamente–, apuntó que no había duda de que la prohibición en el artículo 75 equivalía a una restricción de la libertad de expresión, y que directamente había afectado a la señora Bowman.

Previsión en la ley. El tribunal consideró que los comparecientes no ponían en duda que *la limitación de los gastos fijada por el artículo 75 de la Ley de 1983 estaba prevista por la ley.*

Fin legítimo. El gobierno señaló que el límite de gastos establecido en el artículo 75 de la Ley de 1983 pretendía la protección de los derechos de terceros respecto a tres consideraciones. En primer lugar, promovía la equidad entre los candidatos contendientes al impedir que terceros adinerados hiciesen campaña a favor o en contra de un determinado candidato o se emitiera material que requiriera usar una parte del presupuesto de éste, pues estaba limitado por ley para responder. En segundo lugar, la restricción del gasto de terceros coadyuvaba a garantizar que los candidatos conservaran su independencia respecto a la influencia de grupos poderosos de interés. Y, en tercer término, impedía que se distorsionara el debate político en tiempos electorales al distraer la atención del electorado de asuntos de interés general para centrarse en cuestiones singulares.

La demandante –que dejó de responder a la segunda consideración del gobierno– adujo respecto de la tercera consideración que el artículo 75, lejos de perseguir un fin legítimo, solo servía para restringir la libertad democrática de expresión, ya que era imposible que un grupo de interés pudiera apartar el pensamiento de los electores de los programas de los grandes partidos políticos hasta el punto de afectar el proceso electoral. Y, acerca de la primera consideración, sostuvo que la restricción al gasto no garantizaba la equidad entre los candidatos, ya de por sí sujetos a la inequidad dependiendo del apoyo que recibieran de uno de los principales partidos políticos, los cuales eran libres de gastar cantidades ilimitadas de dinero para hacer campaña en el ámbito nacional en tanto que no pretendieran promover o perjudicar a ningún candidato en lo particular.⁸

⁸ Si bien el gobierno intentó satisfacer el criterio de necesidad y de idoneidad rortyano para aplicar la proporcionalidad, falló en dotarlo de mayor contenido empírico y presentó una apreciación jurídica general y bastante limitada. En cuanto a la demandante, el vicio de la petición de principio es notorio en su contraargumento a la segunda consideración, además el sofisma de la descentralización de la cuestión es evidente en referencia a la primera

Ahora bien, el tribunal estimó evidente que el artículo 75 tiende a asegurar la igualdad entre los candidatos. Concluyó, al igual que la comisión, que la aplicación de esta legislación a la señora Bowman perseguía como fin legítimo la protección de los derechos de terceros, a saber, los candidatos y los electores de la circunscripción de Halifax y, dado el carácter disuasorio de las diligencias, los de otras regiones del Reino Unido. Asimismo, planteó que los argumentos de la demandante implicaban mayor relevancia con respecto a determinar si la restricción era “necesaria en una sociedad democrática” (TEDH 1998).⁹

Necesidad en una sociedad democrática. El gobierno consideró que el límite del monto imponía solo una restricción parcial y que no era más extensiva que lo necesario para la obtención de los fines legítimos perseguidos; que había otros medios de comunicación disponibles para la señora Bowman, por ejemplo, ella podría haber publicado cartas, artículos en prensa o su propio periódico, haber impartido entrevistas en radio o en televisión, postularse como candidata o bien difundir panfletos con el fin de informar al electorado sin el afán de promover u oponerse a cualquier candidato en particular.

Bowman, al igual que la comisión, estimó que la restricción era desproporcionada. Alegó que no existía una necesidad social apremiante para suprimir la difusión de información fáctica correcta de la postura de los candidatos respecto de importantes cuestiones de orden moral; al contrario, era menester la exposición de tales cuestiones en la agenda política previamente a las elecciones. A pesar de los argumentos del gobierno en torno a la pertinencia de la restricción para garantizar la igualdad entre los candidatos, no existía ningún indicio de que los panfletos causaran la desventaja de algún candidato en particular, en tanto que la información que contenían atraía la atención de tantos seguidores de las diferentes políticas acerca del aborto, como de oponentes. Más aún, alegó que la restricción era ilógica en cuanto a la publicación de material a favor o en contra

consideración, pues se desplazó el punto conflictivo hacia una apreciación subjetiva del gasto nacional de los partidos, en el que ella y su organización también podían incurrir legalmente.

⁹ Al respecto, me permito remarcar el estilo del tribunal al conceder genéricamente justificación a la idoneidad de la medida restrictiva para más adelante, en cuanto a su necesidad, introducir un giro contrario concluyendo que no era necesaria, al menos en esa proporción (nótese el carácter genérico del lenguaje y sus significados) “en una sociedad democrática”.

de los candidatos de los partidos políticos y sus seguidores pues estaba permitido el pago para la publicidad en los niveles nacionales o regionales siempre que no se intentara promover o afectar las posibilidades de ningún candidato en concreto.¹⁰

Considerando

El tribunal señaló que la limitación de los gastos establecida por el artículo 75 de la Ley de 1983 no es más que uno de los numerosos frenos y contrapesos que conforman la legislación electoral del Reino Unido.

Las elecciones libres y la libertad de expresión, especialmente la libertad de debate político, constituyen la piedra angular de cualquier sistema democrático. Ambos derechos están interrelacionados y operan en refuerzo del otro: por ejemplo, tal como ha observado el tribunal en el pasado, la libertad de expresión es una de las “condiciones” necesarias para garantizar la libertad de expresión de la opinión del pueblo en la elección de la legislatura. Por esta razón es particularmente importante en el periodo que antecede a la elección que esté permitida la libre circulación de las opiniones y la información de todo tipo.

No obstante, en ciertas circunstancias los dos derechos podrían entrar en conflicto y se estimaría necesario, en el periodo que anteceda a la elección, la fijación de ciertas restricciones –de un tipo que normalmente no sería aceptable– a la libertad de expresión, conducente a asegurar “la libertad de expresión de la opinión del pueblo en la elección de la legislatura” (TEDH 1998, 16). El tribunal reconoce que, para la ponderación del balance entre estos dos derechos, los estados contratantes tienen un margen de discreción, como lo tienen por lo general con respecto a la organización de sus sistemas electorales. Así

¹⁰ Acerca de este bloque argumental, nótese la superficialidad con que el gobierno adujo la parcialidad (se entiende que temporal, espacial y cuantitativa) de la restricción y que esta no operaba como barrera total pues había otras opciones de publicidad, (todo ello sin respaldo empírico). Al contrario, la demandante 1) sí precisó la razón contraria (imperiosa necesidad de información) a la presunta necesidad de la restricción pero tampoco la sustentó salvo en apreciaciones genéricas; 2) apeló con habilidad a una condición muy incierta (el impacto de los panfletos en las preferencias de los votantes), y 3) de nueva cuenta a la supuesta desproporción del gasto partidario en el ámbito nacional (cuando la litis concernía al gasto en el ámbito distrital y tampoco propuso un argumento integral para probar la desproporcionalidad de la restricción).

que la tarea del TEDH consiste en determinar si en todas las circunstancias la restricción a la libertad de expresión de la señora Bowman fue proporcionada con el fin legítimo perseguido y si las razones aducidas por las autoridades nacionales en justificación de la misma fueron relevantes y suficientes. En este punto estimó significativo que la limitación al gasto mencionada se fijara en un monto tan bajo como lo son cinco libras esterlinas. Recordó que tal restricción aplicaba únicamente de cuatro a seis semanas precedentes a la elección general. Sin embargo, a pesar de que Bowman hubiera hecho campaña libremente en cualquier otro momento, ello no habría sido conducente a la finalidad buscada con la publicación de sus panfletos: informar a la población de Halifax acerca del tema del aborto, durante el periodo crítico en el que las personas estaban enfocadas en la elección de sus representantes.

El tribunal advirtió el alegato del gobierno en el sentido que la demandante habría podido usar métodos alternos para la comunicación de la información al electorado. Al respecto, afirmó que no había quedado evidenciado suficientemente en la práctica que ella tuviera acceso a otros canales efectivos de comunicación. Por ejemplo, no se demostró que ella hubiera tenido alguna forma de garantizar que el material contenido en la propaganda se publicara en el periódico o se difundiera por radio o televisión. Aunque hubiera podido postularse para la elección, por ende, incurrir en el monto de gastos reglamentario permitido para los candidatos, ello le habría supuesto el pago de un depósito de 500 libras esterlinas, mismas que con toda probabilidad le habrían sido descontadas. Más aún, no era su deseo ser elegida al Parlamento, sino únicamente distribuir los panfletos a los votantes.

En síntesis, el tribunal concluyó que el artículo 75 operó, para todos los efectos prácticos, como una barrera total a la publicación de la información de la señora Bowman con miras a influir en los votantes de Halifax a favor de cualquier candidato contrario al aborto. No se ha visto satisfecho el requerimiento de que existiese una necesidad para limitar su gasto a cinco libras, de tal forma que se asegurase el fin legítimo de garantizar la igualdad entre los candidatos, concretamente por la ausencia de restricciones a la libertad de prensa para apoyar u oponerse específicamente a la elección de cualquier candidato de los partidos políticos y sus seguidores a efecto de difundir publicidad en el ámbito nacional o regional, siempre que tales anuncios no tuvieran la intención de promover o

perjudicar las perspectivas electorales de candidato alguno en ningún distrito electoral en concreto.¹¹ Así pues, el tribunal consideró que la restricción era desproporcionada en relación con el fin perseguido y concluyó que se había violado el artículo 10 de la convención.

En consecuencia, en la sentencia, votada por 14 votos contra seis, se declaró que se incurrió en una violación del artículo 10 de la convención y, por unanimidad, que debían pagarse parte de los gastos y costas demandadas por la señora Bowman.

Las opiniones concurrentes y disidentes

Se hace hincapié en que seis de los 20 jueces que votaron la sentencia no estuvieron de acuerdo con su sentido y otros tres al menos con algunas consideraciones. El conocimiento de estas opiniones disidentes resulta de especial relevancia para comprender mejor las fortalezas y debilidades de la resolución y su justificación, en específico, de la aplicación del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación correspondiente.

En un voto conjunto y parcialmente disidente, los jueces Pettiti, Lopes Rocha y Casadevall, si bien estuvieron de acuerdo casi con la totalidad del fallo, incluyendo su sentido, *rechazaron* que en el párrafo 47 de la resolución se estableciera que el artículo 75 de la ley electoral inglesa en cuestión operaba

para todos los efectos prácticos, como una total limitante [infranqueable] del derecho a la publicación de la información de la Sra. Bowman que influyera en la opinión

¹¹ De este crucial razonamiento conclusivo y sus premisas, se advierte con claridad que el tribunal no actuó con corrección al no practicar una interpretación sistemática del artículo 75.c.ii y disposiciones correlacionadas de la ley electoral de 1983, además de los precedentes relacionados puesto que de haberlo hecho apreciaría que la restricción era presumiblemente (en tanto carente de elementos empíricos cuantitativos y cualitativos para probarla, a lo que contribuyó la pobreza argumentativa del gobierno) proporcional al fin perseguido *en el ámbito territorial distrital* ya que no había límite, según lo advertí antes, al gasto publicitario por parte de particulares –al igual que en el caso de candidatos, partidos y seguidores– en los ámbitos regional y nacional, *y aún en el ámbito distrital, pero siempre que, luego de cinco libras esterlinas, no favorecieran a algún candidato en perjuicio de otro*. Esta apreciación personal cobra fuerza al examinar los votos disidentes.

de los votantes de Halifax a favor de cualquier candidato contrario al aborto (TEDH 1998, párrafo 2).

Lo anterior porque aceptarlo equivalía a admitir que la señora Bowman sí había violado la ley que prohibía precisamente ese tipo de gasto orientado a “*para promover o facilitar el triunfo de un candidato*” (TEDH 1998, párrafo 2),[§] porque el artículo no prohíbe la publicación de hechos o comentarios con fines de información para el público en general; y porque era suficiente con decir que el panfleto “*estaba destinado a informar a los votantes de Halifax de las posturas de los candidatos con respecto al tema del aborto*” (TEDH 1998, párrafo 4).¹²

En otro voto, completamente en contra del sentido de la resolución, el juez Valticos precisó mediante una interpretación funcional y teleológica, que si el propósito del artículo 75 era evitar la vulneración del principio de equidad en la contienda por parte de organismos e individuos poderosos o la influencia indebida en las opiniones de los votantes, prohibiendo incluso el pago de montos reducidos, en el caso juzgado el monto ejercido fue bastante más elevado que el tope máximo puesto que alcanzó para imprimir un millón y medio de panfletos. Insertó un argumento de autoridad al advertir que era calificar como ridículo pretender darle lecciones al gobierno británico de la forma de conducir elecciones y sostener la democracia, y retomó la lógica funcional con el corolario de que resultaba en particular equivocado revocar una disposición orientada a evitar que personas no integrantes de un partido político o candidatos dotados de recursos financieros sustanciales en última instancia adquirieran ventaja sobre otros candidatos menos afortunados.¹³

En otra opinión parcialmente disidente y conjunta, los jueces Loizou, Baka y Jambrek sí precisaron que consideraban que el artículo 75 de la referida ley electoral inglesa no era desproporcionado con respecto al fin que perseguía pues,

[§] Énfasis añadido.

¹² En este voto concurrente, nótese que la alerta de sus autores refleja la deficiencia en la construcción de un párrafo acorde con la sentencia, que a su vez, en mi opinión, revela las dudas que el caso generó en sus autores. (Énfasis añadido).

¹³ En esta opinión, más allá de la recurrencia intermedia al argumento de autoridad, es evidente la inclinación a favor del principio de equidad en la contienda, pero carece de argumentos empíricos.

en general, la restricción se refería “únicamente a la promoción de candidatos no a la promoción de causas (ver los párrafos 19 a 22 de la sentencia)” (TEDH 1998, párrafo 3); dicha limitación al gasto es uno de los muchos equilibrios insertos en la legislación electoral inglesa; y la ponderación entre los principios de libertad de expresión y a elecciones libres, particularmente la libertad de debate político, conforman conjuntamente la piedra angular de cualquier sistema democrático y que estos dos derechos están interrelacionados y operan reforzándose uno al otro (TEDH 1998, párrafo 4).

Además de que los estados contratantes gozan del principio del “margen de apreciación” para incluir en las legislaciones nacionales esa clase de restricciones. Más aún, advirtieron que si el sentido de la legislación era evitar la inequidad controlando el gasto de los candidatos adinerados, también se debería impedirlo, no facilitarlos, a terceras personas u organizaciones con gran cantidad de recursos “en tanto que la publicidad en contra de un candidato pudiera quedar sin rebatir con base en el límite del monto que el candidato tiene permitido gastar (ver párrafo 18 de la sentencia)” (TEDH 1998, párrafo 5); agregaron que la restricción era justificada porque no bloqueaba otros medios de expresión de perspectivas y convicciones de los interesados respecto de cualquier tema mientras no promovieran o se opusieran a ningún candidato en lo particular, y subrayaron que se conoce como margen de apreciación del Estado y debía considerarse “como parte de un sistema electoral democrático equilibrado” (TEDH 1998, párrafo 6).

Los jueces disidentes coincidían con la sentencia en reconocer que el fin legítimo de la restricción radicaba en proteger los derechos de otros, principalmente de los candidatos a elección y el electorado de Halifax, “en la medida en que el proceso apuntaba a tener un efecto disuasivo en cualquier parte del Reino Unido” (TEDH 1998, párrafo 8). Su desacuerdo se concentró en no admitir que la restricción significaba una barrera total a la publicación de la información y en que el límite al gasto de la demandante (de cinco libras esterlinas) fuera necesario para asegurar la igualdad entre candidatos:

particularmente en vista del hecho de que no existían restricciones impuestas a la libertad de expresión de la prensa para apoyar u oponerse a la elección de cualquier candidato en lo particular o para los partidos políticos y sus seguidores en cuanto a su facultad de hacer propaganda a nivel nacional o regional, en tanto que dicha

propaganda no tuviera como fin la promoción o la afectación de las perspectivas electorales de cualquier candidato en concreto en un determinado distrito electoral (TEDH 1998, párrafo 8).

Concluyeron, contrariamente a la mayoría, en que la restricción sí era proporcionada con el fin perseguido y no más extensiva de lo necesario en una sociedad democrática, además de que cabe dentro del “margen de apreciación” del Reino Unido, por lo tanto, no violaba el artículo 10 de la convención. Por ello adicionaron que

La restricción, que debe interpretarse a la luz de la totalidad del sistema electoral basado en la representación de distritos electorales, se trataba de una limitación parcial e incluso se restringía su plazo de cuatro a seis semanas previas a las elecciones (TEDH 1998, párrafo 9).

Por último, en un párrafo que conviene citar completo, declararon lo siguiente:

En particular, hemos llegado a esta conclusión porque la restricción en cuestión es parte de un sistema electoral democrático global (*sic*) con sus pesos y contrapesos que apuntan a impedir la evasión de los límites máximos de gasto. Garantiza la equidad entre los candidatos, los protege contra la manipulación de los grupos de presión —y por lo tanto de la presión de la actividad de tales grupos en las circunscripciones con resultados marginales— y salvaguarda su independencia, no prohíbe el gasto en la promoción de una causa si se realiza sin la intención de promoción de los intereses, o afectación de las perspectivas, de un candidato particular; es la contraparte del límite impuesto a los candidatos, está limitada en términos de tiempo. Para nosotros las anteriores razones aducidas por el gobierno demandado para justificar la restricción en cuestión son “relevantes y suficientes” (TEDH 1998, párrafo 12).¹⁴

¹⁴ Al respecto, hago notar la mayor extensión y profundidad argumentativa que aportaron estos jueces disidentes al elaborar razonamientos más técnicos en torno a parcialidad tempo-espacial y cuantitativa de la restricción más la interpretación funcional y teleológica justificativa de la restricción. En específico, el argumento de la no limitación para gastar más de cinco libras siempre que fuera a favor de causas genéricas y no de candidatos concretos.

El juez Freeland, a cuya opinión se sumó el juez Levits, declaró que no encontraba interferencia en la libertad de expresión de la señora Bowman que fuera más allá “de lo necesario en una sociedad democrática” (TEDH 1998, párrafo 1). Argumentó que esta depende de un sistema que garantice elecciones parlamentarias libres y equitativas, y que la libertad de expresión ha sido reconocida en precedentes del propio tribunal como “principio característico de la democracia” y “de crucial importancia en el sistema de la Convención” (TEDH 1998, párrafo 2). Pero también advirtió que el TEDH a la vez ha reconocido un “amplio margen de apreciación” reservado a los estados contratantes para seleccionar sus sistemas electorales nacionales, mismos que

buscan satisfacer los objetivos que son raramente compatibles los unos con los otros: por una parte, el reflejar con adecuada fidelidad las opiniones del pueblo, y por la otra, alimentan las corrientes de pensamiento a modo de promover la urgencia de una voluntad política suficientemente clara y coherente (TEDH 1998, párrafo 3).

todo dependiendo de su propia historia y características nacionales. Esto ocurre con la legislación electoral británica de 1983, la cual refleja una visión ponderada de la legislatura acerca de un tema de crucial importancia para la misma, es decir, “la necesidad de garantizar la libre y justa expresión de la opinión del pueblo” (TEDH 1998, párrafo 4).

Freeland y Levitz precisaron que los artículos 75 y 76, analizados en conjunto, tendían a proteger

la igualdad entre los candidatos de una elección en un distrito electoral en particular mediante la limitación del gasto en que podrá incurrirse para los fines de mejorar las perspectivas electorales de un candidato afectar las de otro (TEDH 1998, párrafo 5).

regla cuya eficiencia depende de que todos los candidatos están sometidos a iguales prohibiciones. Añadieron que un aspecto esencial en el caso Bowman consistía en valorar que la restricción de no exceder el monto prescrito se estableció “con miras a promover o facilitar la elección de un candidato” (TEDH 1998, párrafo 6) y, por lo tanto, a evitar la de otro; pero no limitaba el gasto dirigido a proporcionar información al público, de modo que un jurado tendría que ser convencido, más

allá de una duda razonable, del deseo o de la intención del demandado de favorecer o perjudicar a un contendiente, lo que encuadraba en la conducta de Bowman pues, incluso con el límite del gasto, ella no tuvo impedimento para promover sus convicciones en la medida en que su información no portara aquella intención. Los jueces subrayaron sus dudas acerca de la pertinencia del bajo límite de la restricción; hicieron notar que este era más adecuado que uno mayor o incluso su eliminación era de considerarse; que el Parlamento no tenía en agenda modificar los montos de gastos de campaña; que el párrafo 47 de la sentencia, al contrastar el artículo 75, advertía que no limitaba a los partidos y sus seguidores, e incluso a la prensa, a incurrir en gastos de publicidad salvo para afectar candidatos en el ámbito distrital; y que esta restricción estaba justificada en precedentes reiterados. Por ello, consideraron que la restricción del artículo 75 a la libertad de expresión resultaba “estrecha en su alcance” (TEDH 1998, párrafo 12), correspondía al margen de apreciación del Estado contratante, propio de una democracia con vasta experiencia histórica en la conducción de elecciones parlamentarias, razón por la cual recomendó

la adopción de un enfoque particularmente prudente en cuanto a la atribución de un aspecto internacional en reglas prescritas por parlamentos democráticos con una larga tradición de haberse establecido, tratándose de asuntos tan íntimamente involucrados con su propia composición y operación (TEDH 1998, párrafo 12).

Finalmente, dado que ambos jueces coincidieron en la importancia democrática de la movilización de la opinión pública por parte de los grupos de presión monotemáticos, pusieron de relieve que un factor que el Estado contratante:

podría legítimamente tomar en consideración en la determinación de la regulación del proceso electoral es la medida conforme a la cual la limitación a los fondos de campañas enfocadas en un determinado tema en una elección parlamentaria pudiera ser necesario a manera de contrarrestar el riesgo de distracción excesiva en el debate electoral central y a fin de “encauzar las corrientes de pensamiento a manera de promover la urgencia de una voluntad política suficientemente clara y coherente” (TEDH 1998, párrafo 13).

En referencia a la proporcionalidad, destacaron que la existencia del artículo 75 no impidió la circulación de un millón y medio de panfletos en todo el Reino Unido en la elección general de 1992, incluyendo 25,000 en Halifax; y que el proceso penal iniciado en contra de la demandante fracasó por prescripción, razones por las cuales “la interferencia con su derecho a la libertad de expresión no debería exagerarse” (TEDH 1998, párrafo 14).¹⁵

Hasta aquí los contenidos de la sentencia y los razonamientos relevantes para justificarla y objetarla.

Sentencia Bowman. Significado y actualidad en el contexto anglosajón e iberoamericano

La sentencia Bowman dista mucho de representar un precedente histórico de la justicia comunitaria europea irrelevante para la vida pública en el mundo occidental del siglo XXI, tanto en el contexto anglosajón como en el iberoamericano. Muy por el contrario, en las líneas siguientes se explica esta idea.

En primer término, dicha sentencia forma parte de una línea jurisprudencial en desarrollo en el contexto del control constitucional del derecho de los derechos fundamentales en diversos países europeos y los precedentes del TEDH con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Por consiguiente, la acción de la justicia constitucional electoral en la materia revela conflictos sociojurídicos persistentes que ameritan una solución de última instancia. A modo de ejemplo, baste referir la temprana, abundante e influyente jurisprudencia del tribunal constitucional alemán y los precedentes citados en el propio texto de la sentencia.

¹⁵ Al respecto, simplemente hago notar la amplitud, profundidad y consistencia comparativas evidentes de esta argumentación en relación con las de las partes y el tribunal, así como con el resto de las opiniones disidentes, ya que al menos se hizo referencia a datos cuantitativos (a mi parecer aún insuficientes) en el ámbito distrital y a la interpretación crucial de que la restricción era mínima, por consiguiente, proporcional (necesaria e idónea) a los objetivos: la equidad en la contienda, las elecciones libres en términos de concurrencia de pensamientos y voluntades informadas a las urnas. Véase también cómo, en términos del planteo teórico de Moreso, el universo del discurso normativo está mejor establecido pues se agregó al análisis el artículo 76 y el 75 de la Ley electoral de 1983.

Luego, es importante considerar que esta resolución se vincula con temas muy delicados concernientes a los derechos político-electorales, la acción propiamente electoral y la garantía de su control constitucional en las cada vez más complejas democracias contemporáneas: la libertad de expresión, el debate público y el financiamiento a las campañas; la equidad en la contienda y la libertad e igualdad del sufragio; cuestiones que se tornan más frágiles cuando se entrecruzan con temas contemporáneos y controversiales, entre ellos el aborto y la experimentación con embriones.

Además, el fallo refleja la pertinencia y la difícil práctica del control de convencionalidad (y la interpretación conforme) en materia de derechos humanos aplicando el principio de proporcionalidad mediante el juicio de ponderación con el propósito de determinar la racionalidad y medida del favorecimiento y la optimización de unos principios o derechos y reglas frente a otros.

Más todavía: dinero, política, libertad de expresión y equidad en la contienda se han convertido en uno de los problemas más agudos de las democracias en los últimos lustros y se han erigido, por ende, en un reto mayúsculo para la epistemología y la técnica legislativas y judiciales de previsión y resolución de conflictos electorales, ya en países anglosajones, ya en naciones del mundo iberoamericano.

Así, en Estados Unidos de América, en donde las reglas en materia de financiamiento privado de la política y la libertad de expresión tradicionalmente han estado entrelazadas y cargadas con un fuerte sentido liberal –no obstante las restricciones introducidas en 1976, época del Watergate, en *Buckley vs. Valeo*–, en años recientes la Corte Suprema de Estados Unidos se ha pronunciado en un sentido tal que amplía considerablemente el margen de contribuciones de las corporaciones privadas y los ciudadanos a los gastos de las campañas vinculados a la publicidad y la comunicación política (*Ciudadanos Unidos vs. Comisión Federal Electoral*, *McCutcheon vs. Comisión Federal Electoral*).

En el ámbito iberoamericano, apenas cabe recordar que el tema de dinero y política ha generado una de las crisis más graves de la democracia española contemporánea, el célebre caso Bárcenas, y que, recientemente en democracias de reconocida calidad como la de Costa Rica, se han encarado problemas diversos que han exigido regulación urgente. En semejantes experiencias, las garantías jurisdiccionales de la democracia electoral desempeñan un papel relevante.

Sentencia Bowman y la experiencia mexicana

En México, la sentencia en análisis evoca, así sea en un contexto histórico y sociojurídico diferente al anglosajón, el problema capital de la relación entre el dinero, la política y los medios.

Dicho en pocas palabras, aunque en la decisiva reforma electoral de 1996 los actores políticos pactaron en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en la ley secundaria la prevalencia del financiamiento público por encima del financiamiento privado de los partidos y las campañas electorales, desde entonces el sistema no ha previsto esquemas complejos de subvención paralela, que solo se investigaron a fondo, y se sancionaron, después de la elección presidencial de la primera alternancia política en setenta años, es decir, los conocidos como caso Amigos de Fox y caso Pemex, de 2002, en los que se impusieron multas sin precedentes en perspectiva comparada global a dos partidos políticos nacionales.

En los años siguientes, por la insuficiente regulación hacia candidatos, partidos, actores privados y medios de comunicación, se permitía la compra libre de tiempo aire en radio y televisión, por ello, en la controvertida elección presidencial de 2006, grupos empresariales generaron mensajes en contra de un candidato de izquierda.

La reforma electoral de 2007, que modificó el modelo de comunicación política prohibiendo, entre otras acciones, la compra libre de tiempo aire en radio y televisión, ocasionó el entonces muy difundido amparo de los intelectuales, así conocido porque un conjunto de personalidades de la vida intelectual mexicana y algunos medios radiotelevisivos se quejaron ante instancias judiciales, usando dicho medio de tutela, en términos de que su derecho a la libertad de expresión había sido restringido indebidamente. Si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió que, antes de la reforma de junio de 2011 en materia de derechos humanos y amparo que introdujo el control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad, la cláusula *pro homine* y, por ende, el principio de proporcionalidad, no era la vía para combatir la presunta violación, no debe perderse de vista que se trató de una decisión dividida entre los integrantes del máximo tribunal del país en ejercicio de facultades de control constitucional.

Al mismo tiempo, el TEPJF, desde la reforma electoral de 2007, ha desarrollado una línea jurisprudencial acerca del tema en análisis y, en el marco de la sentencia

que resolvió el juicio de inconformidad con motivo de los resultados de la elección presidencial de 2012, debió de ponderar y pronunciarse acerca de la libertad de expresión, el financiamiento privado y la publicidad, además invocó, por cierto, el derecho convencional.

Si en *Bowman vs. el Reino Unido* los derechos transversales por los que luchaba la referida activista eran los del no nacido y la no experimentación con embriones humanos; en el contexto mexicano los derechos en juego en la contienda electoral se han relacionado con asuntos históricos, como la laicidad. No obstante, a la luz de las controversias de orden moral contemporáneo que ya ha resuelto la SCJN (derechos del no nacido, derechos reproductivos, eutanasia, portadores de VIH, etcétera), no debe extrañar que en procesos electorales venideros las resoluciones repercutan en la libertad de expresión y el financiamiento político, es decir, el tema que ha ocupado estas páginas es de actualidad y su complejidad aumentará en el futuro.

Hallazgos y reflexiones finales

En este ensayo se ha estudiado el caso *Bowman vs. el Reino Unido*, resuelto en 1998 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a favor de Phyllis Bowman, tenaz activista inglesa a favor de los derechos de los no nacidos y la no experimentación con embriones humanos.

La sentencia, al otorgarle razón a la activista y a la Comisión Europea de Derechos Humanos, y negarla al gobierno del Reino Unido, declaró, en lo que importa, un dispositivo específico de la Ley de Representación Popular de 1983 contrario a la Convención Europea sobre Derechos Humanos. En el que se limitaba a un monto no mayor de cinco libras esterlinas el gasto en que podían incurrir personas ajenas a las autorizadas oficialmente por los partidos competidores en el rubro de material publicitario cuando este favoreciera a algún candidato y, por ende, perjudicara a otro en el ámbito distrital durante las campañas electorales, pero no cuando se refiriera a causas generales, lo que tampoco impedía el uso de otros medios de difusión en ámbitos territoriales mayores, incluso para apoyar candidatos en general, salvo referencias a candidatos en distritos específicos.

Se trató, por lo tanto, de un tema de control de convencionalidad por un órgano jurisdiccional supranacional, el cual debió aplicar el principio de proporcionali-

dad mediante un juicio de ponderación en el controversial tema de la libertad de expresión y el financiamiento privado de la política, desde luego relacionado estrechamente con los principios de la equidad en la contienda electoral y la libertad e igualdad del sufragio, y, por si eso fuera poco, en relación transversal con los derechos del no nacido y la experimentación con embriones humanos, asuntos que tensan y motivan el debate político desde los años noventa en Europa y, en tiempos más recientes, en diversas regiones del planeta.

La sentencia, que no fue aprobada por unanimidad, muestra ángulos muy interesantes y significados que deben ser atendidos en perspectiva contextual y comparada.

Por una parte, el material base de este análisis, consistente en un resumen de la sentencia, no permite arribar a un juicio definitivo o concluyente exhaustivamente justificado. En principio, los argumentos esgrimidos por la mayoría resultan genéricos y sin suficiente amplitud y profundidad como para adherirse a la resolución, ello, sin duda, motivado en los pobres planteamientos de las partes actuantes en el juicio. Un examen de los votos concurrentes y disidentes de seis ministros del TEDH mueve a la duda y, finalmente, a la convicción contraria a la sentencia aprobada puesto que, en términos del marco teórico de referencia que ha sido adoptado en la práctica por tribunales constitucionales en la última década, la argumentación es más completa, profunda, consistente y coherente. En términos de Moreso, si no es más “especificacionista”, al menos introdujo mejor el universo del discurso. En descargo de partes y tribunal involucrados en la trama jurisdiccional del caso estudiado, cabe advertir lo mucho que ha progresado en el siglo XXI la teoría y práctica del principio de proporcionalidad.

De cualquier forma, llama la atención la argumentación general y abstracta, no contextual y particular, que produjeron tanto la mayoría como la minoría de los magistrados del tribunal europeo. Así, por ejemplo, era de esperarse la argumentación de razonamientos de carácter empírico más profundos que permitieran comprender y, en su caso, demostrar con suficiente pertinencia las razones por las que el gobierno inglés, conforme con su margen de apreciación convencionalmente autorizado, introdujo en la ley electoral nacional la restricción de cinco libras esterlinas como límite a los particulares para efectos de difusión de sus convicciones políticas a favor o en contra de un candidato en el ámbito distrital. No se advierte una interpretación literal del artículo 75 y disposiciones correlacionadas para desglosar los conceptos que contiene y mucho menos una interpretación

sistemática para precisar el universo del discurso normativo y aclarar los sentidos de las disposiciones legislativas y su conformidad con el derecho convencional aplicable. La sentencia no dio cuenta del sistema electoral inglés en su contexto, del tamaño de los distritos, la población y el electorado en el distrito electoral parlamentario de Halifax, de donde emergió la controversia, así como la estructura histórica y actual de la competencia político-electoral en ese y otros distritos. No se realizó un auténtico ejercicio de ponderación de principios y reglas, al menos en términos de la doctrina convencional, que para entonces ya estaba desarrollada por el Tribunal Constitucional de Alemania y por las contribuciones de Robert Alexy en torno a los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad –en sentido estricto– que permitiera optimizar la libertad de expresión sin sacrificar o poner en riesgo el principio de equidad en la contienda, igualdad del voto y la libertad de los votantes. Si se iba a declarar la desproporcionalidad de una regla prohibitiva de gasto mínimo por parte de particulares o personas no oficialmente autorizadas para favorecer el principio de libertad de expresión y el valor de la sociedad democrática debidamente informada con el fin de ejercer su derecho al voto durante el proceso electoral, cuando la información y el debate plural y documentado debe ciertamente ser intensificado, la carga argumentativa debió ser mayor y contextualizarse mucho más. Así como fue construida, deja vacíos para la completa comprensión del fondo contextual nacional-local de la cuestión controvertida y facilita considerar la relativa irracionalidad de la ponderación.

Por la otra, hay cinco tesis que extraigo del propio ensayo y ratifico ahora:

- 1) La certeza fortalecida de que en la época contemporánea o posmoderna, posterior a la Segunda Guerra Mundial, el derecho se ha convertido paulatinamente, pero de manera consistente, en un sistema de garantías nacionales y supranacionales para proteger y tutelar con efectividad, en última instancia, la validez formal y sustancial de los derechos humanos en sede judicial a favor de la democracia procedimental y sustancial. Por ello, el constitucionalismo tiende a convertirse en cosmopolita en tanto que forma parte de un proceso civilizatorio –sin duda prolongado, complejo y hasta accidentado– cuya trayectoria institucional se consolidado en el hemisferio occidental.
- 2) Desde hace varias décadas, especialmente en Europa, se asume que los derechos humanos guardan una relación universal, interdependiente, integral y

progresiva entre sí; que deben ser interpretados en el sentido más favorable a las personas, y que el control de convencionalidad y del principio de proporcionalidad se traducen en práctica judicial pertinente para reforzar su tutela efectiva, incluso desde el ejercicio de jurisdicciones internacionales revisoras de la racionalidad jurídica de las sentencias emitidas por tribunales nacionales. Sin embargo, no es fácil ejercer tal operación y los jueces constitucionales deben de imprimir máxima prudencia y moderación a sus actuaciones cuando se enfrenten a esta clase de problemas.

- 3) En el ámbito del derecho electoral –por consiguiente, de la justicia electoral–, suelen concurrir y entrar en tensión principios, derechos, reglas e intereses legítimos, esto obliga a realizar juicios de ponderación que implican mejorar el razonamiento jurídico y la interpretación judicial, en particular cuando se trata de casos difíciles, controvertidos y litigados. Cuando entran en conflicto la libertad de expresión y el financiamiento de la política, de un lado, y la equidad en la contienda más la igualdad y la libertad del sufragio, de otro, aquella operación se torna más compleja y pone en duda su estructura, racionalidad y legitimidad. Por ello, se requiere mayor esfuerzo y prudencia en la función jurisdiccional de los órganos garantes de la constitucionalidad y la convencionalidad de los derechos.
- 4) El análisis y el conocimiento comparado acredita sus propósitos si se advierte que hoy las comunidades académicas así como las de practicantes judiciales del más alto nivel se ven obligadas a saber y a comprender que los problemas que enfrentan se han solucionado en otros escenarios y contextos. De esta forma, la experiencia humana compartida en tales ámbitos enriquece el patrimonio jurídico judicial en la búsqueda y la conformación de los mejores argumentos para justificar el dictamen de cuestiones constitucionales complejas.
- 5) Finalmente, si en el mundo del derecho anglosajón, así como en otros contextos regionales y nacionales en los que han enraizado tradiciones jurídicas específicas diferentes a las de los sistemas romanistas, se identifican problemas sociolegales y constitucionales tan complejos como en el caso *Bowman vs. el Reino Unido*, se requiere asimilarlos y anticiparlos a efecto de fortalecer la capacidad de resolución en el futuro, en particular, los relacionados con la justicia electoral.

Así, en Estados Unidos y en varios países de Iberoamérica, incluido México, esa clase de conflictos jurídicos y político-electorales continuarán ejerciendo presión en la justicia electoral, que está obligada a cumplir cabalmente su papel como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el Estado constitucional.

Fuentes consultadas

- Alexy, Robert 1997. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . 2008. La fórmula del peso. En Carbonell 2008, 11-37.
- Arenas, Carlos, Raúl Ávila, Jesús Orozco y Juan Carlos Silva. 2003. *El sistema mexicano de justicia electoral*. México: TEPJF.
- Ávila Ortiz, Raúl. 2001. El debate jurídico contemporáneo entre realismo y posmodernismo en Estados Unidos. En *Desde el sur: visiones de Estados Unidos y Canadá desde América Latina a principios del siglo XXI*, coords. Paz Consuelo Márquez Padilla, Germán Pérez Fernández del Castillo y Remedios Gómez Arnau, vol. 1, 115-38. México: UNAM/Flacso.
- . 2010. “Estado constitucional y división de poderes. Una referencia a la Constitución ecuatoriana de 2008”. *Ágora Política. Revista Multipartidaria* 2, (junio).
- . 2012. “El Manual de justicia electoral de IDEA Internacional. Una reseña bibliográfica”. *Revista Mexicana de Derecho Electoral* 2.
- y Antonio Contreras Arellano. 2013. “La revolución paradigmática en la justicia penal mexicana. El Estado constitucional de derecho y el sistema acusatorio adversarial”. *Textos Jurídicos y Políticos* 1: 27-41.
- Bernal Pulido, Carlos. 2008. La racionalidad de la ponderación. En Carbonell 2008, 39-61.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang. 2000. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Bogdandy, Armin von, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi, coords. 2010. La justicia constitucional y su internacionalización. *¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: IJ-UNAM/ Instituto Max-Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

- Carbonell, Miguel, coord. 2008. *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. México: CNDH/CEDH.
- y Pedro Salazar, coords. 2011. *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*. México: UNAM.
- Cossío Díaz, José Ramón. 2000. *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. México: Fontamara.
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ferrajoli, Luigi. 2003. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- . 2008. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- . 2011. *Principia Iuris. Una teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2011. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En Carbonell y Salazar 2011.
- Giorgi, Raffaele de. 1998. *Ciencia del derecho y legitimación*. México: Universidad Iberoamericana.
- Khun, Thomas. 1971. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE.
- Habermas, Jürgen. 2001. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hall, Stuart. 2011. "The neo-liberal revolution". *Cultural Studies*. Disponible en <http://www.tandfonline.com/loi/rcus20>.
- Harvey, David. 2007. *A brief history of neoliberalism*. OUP.
- Luhmann, Niklas. 2002. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana.
- Moreso, José Juan. 2008. Alexy y la aritmética de la ponderación. En Carbonell 2008.
- Nohlen, Dieter. 2005. *El contexto hace la diferencia. Reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*. México: IJ, UNAM/TEPJF.
- . 2007. *Ciencia política: Teoría institucional y relevancia del contexto*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- North, Douglass C. 1993. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: FCE.

- Orozco Henríquez, J. Jesús. 1993. Los sistemas de justicia electoral desde una perspectiva comparativa. En *Tendencias contemporáneas del Derecho Electoral en el mundo. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral*. México: Cámara de Diputados/Trife/IFE.
- . 2007. El contencioso electoral. La calificación electoral. En *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, comp. Dieter Nohlen. México: FCE.
- . 2010. *Electoral justice. The International IDEA handbook*. Estocolmo: International Idea.
- Ortiz Ortiz, Richard, ed. 2006. *El institucionalismo contextualizado. La relevancia del contexto en el análisis institucional*. México: UNAM/Porrúa.
- Pérez Ransanz, Ana Rosa. 1999. *Khun y el cambio científico*. México: FCE.
- Popper, Karl. 1994. *Conjeturas y refutaciones: el desarrollo del conocimiento científico*. Madrid: Paidós Ibérica.
- Schneider, Hans Peter. 1991. *Democracia y constitución*. Madrid: CCE.
- Sentencia Ciudadanos Unidos vs. Comisión Federal Electoral, 558 U.S. 310/2010.
- McCutcheon vs. Comisión Federal Electoral, 572 U.S. 2014.
- Serna de la Garza, José María. 2012. *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México: UNAM.
- Souza Santos, Boaventura de. 2004. *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*. México: FCE.
- Tate, C. Neal y Torbjorn Vallinder. 1995. *The global expansion of judicial power*. Nueva York: New York University Press.
- TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1998. Sentencia Bowman vs. el Reino Unido (141/1996/760/961).

Vega, Pedro de. 1998. Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo xx. En *Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, comp. Miguel Carbonell, 3-44. México: Porrúa/UNAM.

Peculiaridades de la libertad de expresión en periodo electoral

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo
de Derechos Humanos de 19 de febrero de 1998,
caso Bowman vs. el Reino Unido

Francisco Javier Díaz Revorio¹

Planteamiento: libertad de expresión, elecciones libres y democracia

“Las elecciones libres y la libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman juntas la piedra angular de cualquier sistema democrático” (TEDH 1998, párrafo 42). Esta cita de sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 19 de febrero de 1998, caso Bowman vs. el Reino Unido, (que a su vez reitera lo dicho en la sentencia de 2 de marzo de 1987, caso De Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica, párrafo 44, y la sentencia de 8 de julio de 1986, caso Lingens vs. Austria, párrafos 41-2) constituye un buen punto de partida para aproximarse a la problemática que esta decisión plantea. Pues, la libertad de expresión y las elecciones libres, plurales y abiertas constituyen pilares irrenunciables de un sistema democrático. Desde luego, pueden añadirse otros

¹ Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España.

principios, como el reconocimiento y garantía de los demás derechos fundamentales (no bastaría con la libertad de expresión, y en la práctica los sistemas que la niegan o restringen injustificadamente suelen también imponer otras limitaciones excesivas a las demás prerrogativas, dificultan la calificación del sistema como democrático), o la separación de poderes, que a su vez es un requisito imprescindible para garantizar la libertad de los ciudadanos mediante la limitación del poder político. En palabras de Aguilera:

Durante el proceso electoral es imprescindible que se garanticen todos los derechos políticos: libertad de expresión, información, asociación, reunión [...] Además, para que unas elecciones sean genuinas, deben desarrollarse en un ambiente en el que se respeten los derechos y libertades civiles, cierto grado de seguridad, el principio de igualdad, la libertad de circulación, y unos mínimos derechos sociales y económicos (Aguilera 2009, 613).²

Pero en cualquier caso, la libertad de expresión y la existencia de elecciones libres son requisitos *sine qua non* para que pueda hablarse de democracia, y ocupan un incuestionable protagonismo entre los parámetros que han de considerarse para valorar la existencia de democracia y su calidad en un sistema concreto.

Desde luego, tal y como reconoce el propio TEDH en la sentencia en examen, normalmente las elecciones libres y la libertad de expresión “están interrelacionados y operan en refuerzo del otro” (TEDH 1998, párrafo 42), es decir, se trata de principios que suelen darse conjuntamente y que son susceptibles de una intensificación paralela, que redundará en una mayor calidad democrática. En los

² Como añade la autora, “aunque profundamente aconsejables, los derechos económicos y sociales no siempre son del todo imprescindibles” (Aguilera 2009). En mi opinión, implicaría no una cuestión de existencia de sistema democrático, sino de calidad de la democracia. Pero sin duda, un contexto saludable para que las elecciones sean realmente libres, abiertas y plurales requiere el cumplimiento de estos derechos, al menos en niveles básicos. Piénsese que en algunos casos como el derecho a la educación, o el acceso a la cultura, la ausencia de un mínimo nivel de satisfacción y garantía del derecho puede viciar todo un proceso electoral que formalmente calificaríamos como democrático, de manera que habría posibilidades de manipulación o alteración política muy superiores a las actuales en un contexto en el que la población tiene generalmente cierto nivel educativo y cultural.

sistemas más plenamente democráticos hay un amplio reconocimiento y garantía de la libertad de expresión, y además se celebran elecciones en un contexto de apertura y pluralidad. En general, a más posibilidades de ejercicio de esta prerrogativa, más libres serán las elecciones, ya que se celebrarán en un contexto en el que las diferentes opciones políticas pueden plantear libremente sus programas y los ciudadanos pueden igualmente manifestar sus opiniones acerca de las propuestas de las distintas candidaturas. Y a la inversa, los estados en los que hay elecciones democráticas suelen tener un contexto favorable al ejercicio sin cortapisas injustificadas de la libertad de expresión. No es de extrañar, por lo tanto, que en general un mayor nivel de libertad de expresión redunde en elecciones más libres (y a la inversa), mientras que las restricciones excesivas o injustificadas suelen ir también acompañadas, en sistemas de baja o nula calidad democrática.

Sin embargo, en ciertos supuestos es posible que los derechos o principios de libertad de expresión y elecciones libres entren en conflicto. Debido a que el periodo electoral es una etapa particularmente compleja, en la que es muy importante garantizar un proceso limpio y neutral que no se pueda alterar por la intervención de los poderes públicos ni de determinados sujetos, cuyo peso o poder pueda afectar a la apertura e igualdad de oportunidades indispensables. Por ello, a veces pueden resultar necesarias algunas restricciones a la libertad de expresión “de un tipo que normalmente no sería aceptable” (TEDH 1998, párrafo 43). Cuáles deben ser los parámetros para resolver posibles conflictos de este tipo, minimizando cualquier posible injerencia o restricción de los derechos en juego, es el tema nuclear del caso en examen.

Datos relevantes del caso Bowman

Antes de comentar los principios en juego y los criterios y elementos para resolver el problema planteado, se explicarán brevemente las circunstancias del caso.³ La Sociedad para la Protección de los Niños No Nacidos (Society for the Protection of the Unborn Child, SPUC) es una organización de unos 50,000 miembros que está

³ Para más detalle, pueden verse los párrafos 10 a 15 de la sentencia, respecto a las circunstancias del caso; 16 a 22, acerca de la legislación británica; 23 y 24, en referencia al procedimiento en la comisión, y 1 a 10 respecto al procedimiento ante el tribunal.

en contra del aborto y de la manipulación de embriones humanos. Como directora ejecutiva de la asociación, la señora Phyllis Bowman coordinó la distribución por todo el Reino Unido de un millón y medio de panfletos en el periodo inmediatamente anterior a las elecciones legislativas de abril de 1992. En estos se indicaban las opiniones ante el aborto de los candidatos por los partidos conservador, laborista y demócrata liberal en determinados distritos electorales, así como otras cuestiones relacionadas con la vida del *nasciturus*. Como consecuencia, a Bowman se le imputó un ilícito con base en la subsección 75, apartados 1 y 5 de la Ley de Representación del Pueblo de 1983, si bien más adelante el juez de la Corte de Southwark Crown instruyó su absolución, dado que el pliego de consignación del ilícito se había emitido fuera del plazo de un año desde los hechos denunciados. No obstante el procedimiento fue publicitado en la prensa.

El precepto legal mencionado, en el que se basó la imputación de la señora Bowman, establecía que solo el candidato, su agente electoral o los mandatarios de este último están autorizados a realizar gastos dirigidos a favorecer o a obtener la elección del antedicho candidato en el plazo electoral y dedicados a:

- 1) La celebración de reuniones públicas o a la organización de manifestaciones públicas.
- 2) La difusión de publicidad, circulares o publicaciones.
- 3) La presentación a los electores, por cualquier otro medio, del candidato o de sus opiniones, o del alcance o naturaleza de su apoyo u oposición a otro candidato. Sin embargo, la línea c de este apartado no puede:
 - a) Restringir la publicación, en un diario u otro periódico, o la difusión, en un programa de la British Broadcasting Corporation (o del Independent Broadcasting Authority).
 - b) Adaptarse a unos gastos que no sobrepasen en total la cantidad de cinco libras (TEDH 1998, párrafo 19).

Conviene añadir que la Cámara de los Lores interpretó la inclusión en ese párrafo de una idea expresada en el caso *Director of Public Prosecutions v. Luft*, de 1977, acerca de favorecer la elección de un candidato, así como la intención de impedir la elección de uno o varios candidatos concretos. Por lo tanto, la sección 75 únicamente impide el gasto vinculado a la elección de un candidato concreto en

un distrito electoral determinado (excluyendo de la prohibición el gasto en prensa o la difusión en la BBC, por ejemplo), no se refiere al gasto orientado a realizar propaganda positiva o negativa de un partido político en general. Tampoco hay restricción en las donaciones privadas a los partidos políticos (TEDH 1998, párrafo 22).

De acuerdo con el procedimiento entonces aplicable, la demanda de la señora Bowman fue presentada ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) el 11 de marzo de 1994, se admitió el 4 de diciembre de 1995.⁴ La comisión entendió que había habido violación del artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, realizado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante, Convenio de Roma o el convenio), y el asunto fue remitido al TEDH por la propia comisión y por el gobierno del Reino Unido. Constituida la sala y celebrada la audiencia, aquella declinó su competencia en favor de la Gran Sala (de acuerdo con la Regla 51 entonces aplicable), que finalmente emitió la sentencia.

Antes de entrar en la cuestión de fondo de este asunto, conviene apuntar que la sentencia resuelve negativamente la objeción preliminar planteada por el gobierno del Reino Unido, en el sentido de que la señora Bowman no podía presentarse como víctima según las estipulaciones del convenio, dado que al haber sido absuelta por el juez de instrucción por haber prescrito la infracción al iniciarse el procedimiento, propiamente no podría haberse producido violación de ninguno de sus derechos. Frente a esa alegación, Bowman expuso que, a pesar del resultado final absolutorio, la aplicación de la sección 75 de la Ley de 1983 le había provocado ansiedad e infamia, además de tener que hacer frente a los gastos del interrogatorio y las diligencias llevadas a cabo en su contra, así como el daño ocasionado por la publicidad del caso.

El TEDH fue sensible a esta argumentación, entendiendo que el mero hecho de padecer la instrucción del juicio y de que éste se cerrase sin entrar en el fondo al haberse emitido el pliego de consignación fuera del plazo son circunstancias suficientemente relevantes para entender que Bowman podría considerarse víctima, pues las circunstancias del caso constituían un claro indicio de que “salvo que modificase su comportamiento para las elecciones venideras, sería perseguida

⁴ Téngase en cuenta que la Comisión Europea de Derechos Humanos fue eliminada por el Protocolo número 11 al convenio, que fue aprobado en 1994 y entró en vigor en 1998, con posterioridad a la emisión de la sentencia en comentario.

judicialmente y probablemente declarada culpable y castigada" (TEDH 1998, párrafo 29). En este contexto, se determinó que Bowman había resultado efectivamente afectada por la ley en cuestión.

Esta forma de razonar plantea alguna duda, pues parece que el argumento decisivo es que el hecho de que previsiblemente Bowman podría ser procesada en futuras ocasiones en caso de mantener su actitud implica ya la condición de víctima, y eso es cuestionable, pues se trata de una hipótesis futura que en principio no tendría por qué implicar lesión en el caso presente. Desde esta perspectiva, la reclamación parecería preventiva o meramente hipotética. Sin embargo, a juicio del autor, el rechazo a la objeción preliminar tendría mayor justificación si se fundamentara no en eventuales e hipotéticos daños futuros, sino en los reales y efectivos padecidos por Bowman en el caso en examen, como son los gastos, las molestias y los daños morales vinculados a la propia apertura del procedimiento y a la publicidad que se le dio. Aunque no siempre los tribunales son tan estrictos al considerar que el mero inicio de un proceso penal o sancionador puede suponer una lesión de un derecho o la consideración de víctima de una violación, parece positivo que se adopte esta actitud, al menos en casos como este en el que la mayor publicidad y difusión causa, comprensiblemente, una mayor molestia a quien tiene que soportarlo.

Parámetros de la libertad de expresión en la jurisprudencia del tribunal europeo

Entrando ya en el fondo del asunto, la demandante reclamó violación del artículo 10 del convenio, relativo a la libertad de expresión, y cuyo texto es el siguiente:

- 1) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
- 2) El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática,

para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El segundo párrafo de este artículo guarda cierto paralelismo con otros preceptos del mismo documento, igualmente establecen los parámetros para que una restricción de un derecho establecido en el convenio sea legítima.⁵ Ello ha provocado un elevado nivel de estandarización en la jurisprudencia del tribunal acerca de estos derechos, de tal modo que el análisis de la legitimidad de las restricciones sigue invariablemente tres pasos: primero, la comprobación de si la restricción está prevista en la ley; segundo, si esta persigue un fin legítimo, y tercero, si la medida es “necesaria en una sociedad democrática”, es decir, un test de necesidad o de idoneidad.

En general, este razonamiento no es muy diferente al de otros tribunales al valorar la admisibilidad de las restricciones legales a los derechos en general, y en especial para ponderar si los tratos legales diferentes son discriminatorios. Este tipo de análisis suele englobarse con la denominación común de principio de proporcionalidad, que a su vez encierra un examen de finalidad, congruencia, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (para un examen comparado de la aplicación de este principio por diversos tribunales, Giménez 2004, 91-104). En algunos supuestos, y en particular en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y en otros tribunales que han seguido su estela, se han distinguido distintos niveles en la intensidad del escrutinio, ya sea un “juicio de mínimos” o de “un juicio estricto” (Giménez 2004, 121 y ss.), aunque en otros casos se han creado escrutinios intermedios.

Ahora bien, el examen realizado por el TEDH al hilo de los artículos del convenio, si bien puede circunscribirse en líneas generales a los parámetros del principio de proporcionalidad, tiene algunas peculiaridades dignas de mención:

⁵ Véanse, además del artículo ahora en examen, los artículos 8.2 (respeto a la vida privada y familiar), 9.2 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y 11.2 (libertad de reunión y asociación).

- 1) El concepto de previsión legal no debe interpretarse en un sentido puramente formal, en el cual por ley deba entenderse una norma con un rango determinado, tampoco debe tratarse de una norma escrita, pues también una restricción puede derivar del Common Law. No es, por lo tanto, una reserva de ley como la que algunas constituciones imponen para la regulación (restricción) de los derechos fundamentales –así, por ejemplo, el artículo 53.1 de la Constitución española contiene una reserva de ley en sentido formal (Díez-Picazo 2008, 341). La previsión legal se cumple así si se dan las condiciones de accesibilidad y previsibilidad de la restricción al derecho (por ejemplo, la sentencia de 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times vs. Reino Unido*, párrafos 49-50).
- 2) Al menos en los artículos 8 a 11, que establecen expresamente los fines, la restricción, para ser admisible, no puede perseguir cualquier finalidad legítima. Los fines que pueden justificar la restricción no son cualesquiera que estén permitidos o sean compatibles con el convenio (como podría sugerir un juicio de mínimos), sino única y exclusivamente los que se mencionan en el artículo. Por ende, para la libertad de expresión, sólo serán admisibles las medidas orientadas a la protección de la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de las libertades y los derechos ajenos. Esta lista parece sugerir un examen más estricto que el realizado por algunos tribunales supremos y constitucionales nacionales, pues suelen admitir cualquier fin constitucionalmente lícito, interés apremiante del Estado o, como mucho, exigen algún tipo de derivación de cualquier valor o principio constitucional. Pero en realidad, la finalidad en el sistema del convenio europeo no es un parámetro tan cerrado o estricto, en parte porque las finalidades mencionadas en el artículo 10 (o en los otros similares) son ya de por sí relativamente amplias y abiertas, también porque han sido objeto de una “interpretación muy generosa” (Bustos 2009, 598). Por lo demás, este tipo de prueba se ha extendido por el tribunal a otros derechos cuya regulación en el convenio no incluye un enunciado de fines legítimos.
- 3) La adecuación entre medio y fin suele exigirse en términos más estrictos que los de la mera congruencia, pues como se deduce del tenor literal del artículo 102 (y de los equivalentes aplicables a otros derechos) se trata de que la medida sea necesaria “en una sociedad democrática” para el logro de alguno de los fines

- mencionados. Ello implica una justificación fuerte, incluyendo la comparación con otras posibles medidas que, tendiendo al mismo fin, pudieran suponer una menor injerencia en el derecho. Si bien, como veremos, esta exigencia se flexibiliza con la introducción de la idea del margen de apreciación nacional.
- 4) En relación con lo anterior, el TEDH valora también la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, además de que la medida enjuiciada tienda a una finalidad prevista en el convenio, existe cierto equilibrio entre medio y fin, de tal manera que el sacrificio del derecho no resulta exagerado en relación con el beneficio resultante de la protección de alguno de los principios o valores mencionados en el convenio.

De lo anterior podría deducirse que el examen del TEDH en torno a los límites o las restricciones a los derechos parece más estricto que los que realizan ordinariamente algunos tribunales constitucionales y supremos. Ello porque la finalidad se especifica en el propio convenio, y la adecuación se mide en términos de necesidad y no de mera congruencia. Sin embargo, esta conclusión debe revisarse si se consideran dos ideas importantes: en primer lugar, como ya se ha sugerido el TEDH ha interpretado las finalidades establecidas en el convenio con bastante flexibilidad, lo que ha permitido que permitan amparar las más variadas medidas restrictivas de derechos, siempre que se haya podido establecer alguna relación, aunque sea bastante general, con alguna de dichas finalidades. Y en segundo lugar, es muy importante señalar que todo el examen de proporcionalidad de las restricciones está condicionado por la idea del margen de apreciación que los estados emplean al valorar las circunstancias concretas, por lo tanto, cuando establecen restricciones al derecho teniendo en cuenta esas circunstancias particulares. Más adelante se desarrollará esta importante cuestión, de momento basta apuntar el papel que este criterio desempeña al flexibilizar el escrutinio de las medidas restrictivas de la libertad de expresión, de manera que permiten a los estados valorar límites tan imprecisos como la moral pública, concepto para el cual el tribunal no encuentra una noción europea uniforme (por ejemplo, Engel y otros vs. Países Bajos).

En suma, el estándar de valoración del tribunal respecto a las medidas que restringen la libertad de expresión no es particularmente estricto, aunque el mismo ha oscilado en la jurisprudencia del tribunal, y puede variar teniendo en cuenta diversos factores o elementos, por ejemplo, la relevancia pública del tema

o de la persona sobre la que recae la información u opinión, la existencia de un debate público, que permitiría otorgar la máxima protección al derecho —siendo un criterio al que acaso el TEDH ha acudido demasiado a menudo cuando el emisor se incluye dentro de los medios de comunicación social, como ha destacado Bustos (2009, 627)—; o la emisión de opiniones políticas o la posibilidad de criticar al gobierno parecen reforzar también el ejercicio de esta libertad, esto implica un examen más estricto de sus límites.

Con base en las reflexiones anteriores, el TEDH entiende que la prohibición de emplear más de cinco libras esterlinas en propaganda a favor o en contra de los candidatos supone una restricción (párrafos 31-3), prevista en la ley (párrafo 35), y que responde al fin legítimo de contribuir a garantizar la igualdad entre los candidatos, lo que, en términos del artículo 10.2 del convenio, se reconduce a la finalidad de protección de los derechos de otros, en concreto los de los candidatos y los del propio electorado (párrafo 38). Es este un ejemplo más de la flexibilidad con la que se interpretan las finalidades enunciadas en el citado artículo, si bien en términos amplios no puede dejar de compartirse la idea de que la medida adoptada persigue la finalidad de garantizar la equidad entre los candidatos y su independencia.

En todo caso, conviene profundizar algo más en esta finalidad y su significado desde el punto de vista del convenio y sobre todo, en su relación con la libertad de expresión, lo que lleva a la cuestión de la necesidad y proporcionalidad de la medida, que, como puede suponerse, constituye el verdadero núcleo de este asunto. Por todo ello, estas cuestiones requieren un examen más detenido.

Consecuencias del derecho a elecciones libres

Como se acaba de apuntar, la verdadera finalidad de la medida en examen es garantizar un proceso electoral equitativo en el que no se vean alterados los derechos de candidatos y electores. Aunque esta idea se reconduce, en términos del artículo 10.2, a la protección de los derechos de otros, su análisis en el sistema del convenio remite al artículo 3 del Protocolo adicional, que dispone:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

Como puede apreciarse, el tenor literal de este artículo no parece enunciar un derecho fundamental, sino una garantía institucional. Así lo entendió la Comisión Europea de Derechos Humanos durante las primeras décadas de vigencia del convenio, pero fue evolucionando hasta entender que el precepto incluye un derecho subjetivo al sufragio (García 2009, 902). Esta interpretación fue confirmada por el tribunal a partir de la sentencia de 28 de enero de 1987, caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica*, en la que rechaza tajantemente la interpretación restrictiva según la cual el artículo 3 del Protocolo no reconocería derechos y libertades individuales, y se basa en el preámbulo del Protocolo y en los trabajos preparatorios para afirmar que el enunciado de su artículo 3:

más bien parece explicarse por el propósito de dar más solemnidad al compromiso contraído y por el hecho de que en el ámbito de que se trata, la obligación primordial no supone una abstención o no injerencia, como acaece en la mayoría de los derechos civiles y políticos, sino la adopción por el Estado de medidas positivas para “organizar” elecciones democráticas (TEDH 1987, párrafo 50).

Añade el TEDH que el contenido de ese derecho ha evolucionado en la interpretación de la comisión, desde un derecho “institucional” a la organización de elecciones libres, al concepto de “sufragio universal”, y finalmente a derechos subjetivos de participación, como son “el derecho de voto” y el “derecho a presentarse como candidato en las elecciones al Parlamento” (TEDH 1987, párrafo 51).

Aunque la jurisprudencia posterior ha profundizado y desarrollado los contenidos de este derecho, ya en la misma sentencia del caso *Mathieu-Mohin* se establecen sus elementos básicos, al tiempo que se excluyen otros, en la protección del convenio. Se enuncian brevemente cuáles son esos contenidos, que derivan de la literalidad del artículo 3:

- 1) Derecho a elecciones libres. Para que pueda entenderse que existen elecciones libres, tienen que producirse en un contexto en el que no solo esté garantizada la libertad de expresión, sino también las restantes libertades públicas, e incluso ciertos derechos sociales y culturales que posibiliten un contexto en el que sea posible una concurrencia realmente abierta y plural de opciones. Como es sabido, se reconocen las libertades políticas en otros preceptos del

mismo convenio, pero su relación con el derecho de sufragio activo y pasivo es incuestionable. Por lo demás, al referirse a elecciones, parece que el artículo 3 del Protocolo deja fuera de su protección a los referéndums u otras formas de democracia directa (García 2009, 906).

- 2) Derecho al escrutinio secreto. El voto secreto⁶ es una garantía elemental para que las elecciones sean realmente libres, pues ofrece al elector la seguridad y la tranquilidad de que nadie pueda saber el sentido de su voto, lo que impide cualquier respuesta o consecuencia no deseada vinculada a dicho sentido. Tal es la importancia de este requisito, que considera al secreto no solo un derecho, sino también un deber.⁷
- 3) A intervalos razonables. Por supuesto, la interpretación de este inciso del convenio deja un amplio margen a los estados para establecer cuáles sean los intervalos entre procesos electorales. Sin embargo, un examen comparado que tenga en cuenta los usos habituales en los estados democráticos reduciría sensiblemente ese margen (aunque el TEDH no lo haya declarado, es difícil encontrar supuestos que se sitúen fuera de una horquilla de entre cuatro y siete años, siendo lo más habitual cuatro o cinco años entre elecciones). En cualquier caso, serían incompatibles con el convenio la supresión de las elecciones o la disolución parlamentaria sin una nueva convocatoria electoral.

⁶ Como destaca García Roca (2009, 907-8), es preferible la noción de voto secreto que de escrutinio secreto. Aquel es la forma de expresión del sufragio y su secrecía sirve para garantizar la decisión libre de cada ciudadano, mientras que el escrutinio es posterior a la votación, y debe ser público. Añade que “la traducción oficial del Convenio al inglés (*‘secret ballot’*) es más precisa que la francesa (*‘au scrutin secret’*), y debería optarse por interpretar el precepto según la versión inglesa”.

⁷ En España, en cambio, no se considera que el secreto sea un deber. Aguilera cita que la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, tras su misión de observación declaró en sus informes que:

a pesar de que en España el proceso electoral estaba plenamente legitimado y gozaba de una gran confianza por parte de la población, el hecho de que no fuera obligatorio pasar por la cabina electoral –como ocurre en la mayoría de países democráticos– podía afectar al resultado de voto –en especial, continúa el informe, en los pueblos pequeños y en el País Vasco (2009, 607-8).

- 4) Condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo. Como se aprecia, el artículo en examen utiliza por segunda vez el adjetivo “libre”, lo que da una idea de la trascendencia de este requisito. Desde luego, el tenor literal del inciso parece aludir en primer lugar a la existencia de libertad de expresión para todos los ciudadanos, pero en cierta medida, y más ampliamente, este texto vuelve a incorporar al derecho de sufragio pasivo la garantía de un contexto democrático en el que estén reconocidos y garantizados los derechos fundamentales, especialmente las libertades públicas (incluyendo, derechos sociales y culturales). La sentencia del caso Mathieu-Mohin señala que entre estas condiciones se encuentra “el principio de la igualdad de trato de todos los ciudadanos en el ejercicio de su derecho de voto y de presentarse a las elecciones”. En relación con ello, habría que incluir también la de un pluralismo real en la sociedad, en los medios de comunicación, y por supuesto en las opciones políticas, aspecto que cobra capital importancia en el caso en examen.
- 5) La elección del cuerpo legislativo. Estas palabras del artículo 3 del Protocolo plantean la cuestión de si el derecho enunciado incluye solo las elecciones a las cámaras parlamentarias nacionales, o también otros procesos electorales políticos. Ya en el caso Mathieu-Mohin el tribunal afirmó que “las palabras ‘Cuerpo o Poder Legislativo’, no quieren decir, necesariamente, Parlamento Nacional; hay que interpretarlas a la vista de la estructura constitucional del Estado de que se trate” (TEDH 1987, párrafo 53). Posteriormente, se han incluido bajo la protección del convenio las elecciones al Parlamento Europeo (Matthews vs. Reino Unido), si bien la cuestión es más problemática respecto a las elecciones locales, por ejemplo, la sentencia de 2 de septiembre de 1998, caso Ahmed y otros vs. Reino Unido, tras motivar el rechazo en el fondo del asunto elude finalmente la cuestión, si bien parece que hay argumentos suficientes para incluir estos procesos, a los cuales se refiere la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 (García 2009, 911).

Sin embargo, junto a todas estas exigencias derivadas del artículo 3 del Protocolo al convenio, conviene destacar que el tribunal ha entendido que el mismo permite un amplio margen de apreciación nacional, que conlleva un control en la materia “normalmente no intenso” (García 2009, 913). Ello quiere decir que los estados tienen muy diversas opciones legales para, respetando los requisitos

mínimos, regular sus propios procesos electorales. Ya en el caso Mathieu-Mohin, el tribunal apuntó algunas consecuencias que no se derivan del convenio, ya que se tratan de ámbitos en los que caben distintas regulaciones por los estados miembros, mientras se respeten los contenidos analizados:

- 1) En primer lugar, si bien el convenio exige igualdad de trato entre todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos de sufragio activo y pasivo, no todos los votos deben de tener exactamente el mismo valor para determinar el resultado final de las elecciones:

No se deduce, sin embargo, de lo dicho que todos los votos deban tener el mismo peso a efectos del resultado, ni cada candidato las mismas oportunidades de victoria. Así, ningún sistema es capaz de evitar los llamados “votos perdidos” o “inútiles” (TEDH 1987, párrafo 54).

En efecto, no existe una fórmula perfecta para convertir los votos en escaños, por lo demás, son muy diversos los factores que los estados deben conjugar en el establecimiento de una fórmula determinada, por ello, no siempre es posible evitar que los votos puedan tener peso distinto en función de diversas circunstancias. Si estas no afectan al igual derecho de cada ciudadano a participar en el proceso electoral ni resultan discriminatorias por otras, sino que dependen del sistema electoral y no provocan un efecto desproporcionado en la distribución de los escaños, no habrá vulneración del convenio.

- 2) En estrecha relación con la idea anterior, ha de afirmarse que en el convenio no se exige un sistema electoral determinado, ni siquiera se implica preferencia alguna por un tipo de sistemas respecto de otros. Aunque alguien podría pensar que las fórmulas proporcionales son más respetuosas con la voluntad de los electores y con el principio de pluralismo político que las mayoritarias –y acaso por esto constituciones como la española la imponen para el congreso–, ni ello puede afirmarse categóricamente (en ocasiones, y en función de los demás elementos de un sistema, una fórmula proporcional puede producir resultados cuasi mayoritarios o a la inversa), ni es el único elemento que legítimamente puede tener en cuenta un Estado al delimitar un sistema electoral, pues pueden considerarse otros factores como la estabilidad gubernamental o la represen-

tación territorial. La mera constatación de la variedad de sistemas electorales entre los países europeos signatarios del Convenio de Roma permite rechazar la interpretación de que se decante por uno u otro tipo de sistema. De ahí que en este aspecto el margen de apreciación de los estados sea particularmente intenso.⁸

⁸ En la sentencia del caso Mathieu-Mohin el tribunal señala que:

A efectos de la aplicación del artículo 3 del Protocolo núm. 1 hay que valorar cualquier sistema electoral a la vista de la evolución política del país de que se trate, de forma que características inadmisibles en el marco de determinado sistema pueden justificarse en el de otro, por lo menos en tanto que el sistema adoptado cumpla las condiciones que aseguren “la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del Cuerpo Legislativo”(TEDH 1987, párrafo 54).

Por lo demás, incluso en algunos de los estados que imponen la proporcionalidad en el sistema electoral, como es el caso español para las elecciones al congreso y a las asambleas autonómicas, el tribunal constitucional ha rebajado las exigencias de ese principio haciéndolo compatible con otros como la representación de las distintas zonas del territorio y aceptando las reformas electorales que, si bien pueden suponer una distorsión de la proporcionalidad, gozan de justificación objetiva y razonable. Con ello, se rebaja el listón de la proporcionalidad electoral hasta casi confundirla con el principio de proporcionalidad como criterio interpretativo de las normas que afectan a derechos fundamentales (en este caso a principios constitucionales como la proporcionalidad electoral), o incluso con la mera prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, un estándar mucho más bajo. Véase a este respecto la sentencia del Tribunal Constitucional español 19/2011, de 3 de marzo, que resuelve el recurso presentado en su día por 50 senadores del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 12/2007, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha, y que declaró la conformidad constitucional de dicha reforma. Señala esta sentencia que

sentado que no se encuentra desprovista de una justificación objetiva y razonable la atribución de los dos nuevos escaños a las circunscripciones de Guadalajara y Toledo, no se ha acreditado ante este Tribunal que dicha atribución genere por sí sola una manifiesta y arbitraria desproporción constitucionalmente intolerable (f. j. 7).

En suma, si la afectación al principio de proporcionalidad electoral no resulta desproporcionada, la ley electoral no será inconstitucional. De este modo la proporcionalidad electoral se convierte también en un principio de aplicación flexible que puede resultar afectado si se respeta el principio de proporcionalidad en dicha afectación.

Libertad de expresión en periodo electoral y equidad del proceso electoral

Libertad de expresión, pluralismo político y equidad electoral

Una vez que se ha repasado las principales implicaciones de los derechos del convenio aplicables al asunto en comento, conviene plantearse las posibles especialidades o peculiaridades que reviste el juego conjunto de los dos derechos (libertad de expresión y derecho a elecciones libres). Ya se destacó al inicio de este trabajo que ambos son pilares fundamentales en un sistema democrático, y que si bien tienden a fortalecerse mutuamente, en ocasiones entran en conflicto. Lo que ahora interesa analizar es en qué medida se perjudica o se refuerza la libertad de expresión cuando se utiliza en un contexto político, y particularmente en un contexto electoral.

En términos generales, si se considera que la importancia del pluralismo político y de las elecciones libres para la democracia y que las elecciones deben permitir la libre expresión de la voluntad popular –que necesariamente requiere un papel preponderante de la libertad de expresión–, la libertad de expresión resulta reforzada cuando se utiliza con fines políticos o electorales. En palabras de Aguilera:

Permítase el excurso para poner de relieve que incluso cuando hay una exigencia de proporcionalidad electoral, los tribunales a veces la flexibilizan en gran medida, de modo que no cabe en modo alguno deducir del convenio europeo, que no se pronuncia al respecto, una preferencia sobre unos u otros sistemas electorales. No obstante, el TEDH se ha pronunciado en ocasiones acerca de aspectos concretos del sistema electoral, como las barreras electorales, que podrían afectar al derecho de sufragio activo y pasivo. Así, ha admitido una barrera general de 6% en la sentencia de 7 de junio de 2001, caso Federación Nacionalista Canaria vs. España; en cambio, en la sentencia de 8 de julio de 2008, caso Yumak y Sadak vs. Turquía, entiende que con carácter general una barrera de 10% es excesiva, pero que en el caso concreto, debido a que la aplicación de la norma turca permite diversas opciones para eludir la aplicación de esa barrera, no se produjo violación del convenio.

los derechos políticos, la competitividad, la transparencia, la libertad de expresión y la pluralidad de los medios de comunicación son requisitos imprescindibles para poder hablar de elecciones genuinas (2009, 613)

por lo cual “la libertad de expresión debe reforzarse en este momento del ciclo electoral ya que esta es determinante para la buena marcha de las elecciones” (2009, 613). Esto es, en línea de principio, la libertad de expresión debe robustecerse cuando se utiliza en un contexto político-electoral.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado expresamente que la libertad de expresión no vale solamente para las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan y ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática (por ejemplo, sentencia de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside vs. Reino Unido*, párrafo 49).

Particularmente, el tribunal ha especificado la especial protección de la libertad de expresión cuando se ejerce con una finalidad de crítica política. Es obvio que poco sentido tendría la libertad de expresión si solo pudiera utilizarse cuando su ejercicio no suponga juicio o molestia al gobierno o a los órganos del Estado. Por ello, se protege (o sus límites se someten a un escrutinio más estricto) cuando se utiliza para criticar políticamente al gobierno. Por ende, hay menor ámbito para las restricciones basadas en el artículo 10.2 cuando afectan al discurso político o a cuestiones debatidas de interés público (por ejemplo, sentencia de 8 de julio de 1986, caso *Lingens vs. Austria*, o sentencia de 30 de enero de 1998, caso *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros vs. Turquía*). El TEDH ha afirmado literalmente que:

los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto al gobierno que a un simple particular, o incluso a un político. En un sistema democrático, sus acciones u omisiones deben estar puestas bajo el control atento, no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también del de la prensa y de la opinión pública (TEDH 1992, párrafo 46).

Sin embargo, puede que en periodo electoral, peculiaridades adicionales afecten a la libertad de expresión, para los sujetos intervinientes. Ello porque se

trata de un proceso particularmente delicado, en el que, además del pleno ejercicio de todos los derechos por los ciudadanos, es preciso garantizar un contexto de pluralismo político y social real. Desde luego, este podría sufrir dificultades si existe una restricción desproporcionada de cualquier derecho o libertad pública, también si la ausencia de toda regulación o control convierte al mercado de las ideas políticas en un *far west* en el que quienes tengan más poder político, social o económico pueden intentar controlar la situación o manipular al electorado en beneficio de sus partidos o candidatos preferidos.

Desde luego, las posibilidades reales de ese escenario son menores en sociedades democráticas maduras, en las que la cultura política se ha consolidado en la mayoría de la población. Por eso destaca la importancia de un grado razonable de satisfacción de los derechos sociales y culturales como vías para asegurar un contexto saludable para la celebración de elecciones libres. Cuanto mayor sea el nivel educativo y cultural de la población, menor será el riesgo de manipulación, y probablemente en ese contexto tengan menor justificación las restricciones a la libertad de expresión. Pero en cualquier caso, la conveniencia de salvaguardar un proceso electoral limpio y equitativo suele aconsejar un control más estricto de las intervenciones del gobierno, de los partidos y de terceros, o como mínimo una regulación específica del ejercicio de la libertad de expresión (y eventualmente de otras libertades, como la de reunión y manifestación). Estas peculiaridades suelen justificarse por las especiales características de los procesos electorales, aunque en realidad es frecuente que las mismas se apliquen estrictamente al periodo que la ley configura como de campaña electoral.

Es difícil definir de forma homogénea ese periodo, y normalmente la legislación de cada Estado la especifica, así como determinadas consecuencias. Podría decirse que es el periodo del proceso electoral “durante el cual las fuerzas políticas concurrentes y los candidatos se presentan ante el electorado con sus programas, en competencia y discusión de las demás, interesando el apoyo de los ciudadanos” (Arnaldo y Gil 2009, 52). Lo que caracteriza a la campaña electoral es precisamente una regulación especial que tiende a asegurar el pluralismo político, en términos de igualdad de oportunidades para que las distintas opciones políticas puedan concurrir libre y equitativamente ante los ciudadanos. Ello implica en algunos casos un reforzamiento de los medios públicos que pueden utilizarse para transmitir mensajes para la captación del voto, pero también restricciones a algunos

sujetos para garantizar la neutralidad del poder político y la igualdad de oportunidades.

A pesar de la diversidad de regulaciones legales de la campaña electoral, resulta difícil hacer consideraciones generales, puede apuntarse que es habitual que la campaña electoral tenga las siguientes características:

- 1) El gobierno tiene una especial obligación de neutralidad ante las distintas opciones políticas concurrentes al proceso, y aunque eventualmente pueda intervenir o controlar su desarrollo, no debe favorecer a alguno de los actores políticos (en particular, es importante controlar que no haya favorecimiento al partido político del presidente o el gobierno).
- 2) En ocasiones los poderes están obligados a ofrecer a las distintas candidaturas determinados medios públicos (espacios para fijar carteles o para celebrar mítines, espacios gratuitos de propaganda electoral, etcétera), circunstancia que sólo se produce durante la campaña.
- 3) Hay órganos específicos garantes de la limpieza de la campaña (y de todo el proceso), se caracterizan por su independencia, pero es necesario que exista en último término un control judicial de sus decisiones y de todo el proceso.
- 4) Los medios de comunicación de titularidad pública tienen un deber de neutralidad y respeto al pluralismo, y eventualmente pueden estar obligados a la cesión de determinados espacios.
- 5) Los medios de comunicación privados, y cualquier otro sujeto privado, gozan de libertad para ejercer sus derechos fundamentales en el sentido que deseen, lo que en principio implica posibilidad de posicionarse a favor o en contra de unos u otros programas y candidaturas, eventualmente pueden establecerse algunos límites en aras de garantizar la equidad y el pluralismo. Sin embargo, deberían someterse a un escrutinio estricto.

Por consiguiente, la campaña electoral se caracteriza por la disposición de medios especiales a los candidatos, pero también por una regulación específica que, a causa de la importancia de las libertades políticas en este proceso, puede implicar restricciones. En cualquier caso, durante la campaña se procura que ciudadanos y contendientes –y muy especialmente estos últimos– gocen de una libertad de expresión reforzada, lo cual se trunca bruscamente en la llamada jornada de

reflexión (en los países que tienen esta previsión legal) y desde luego en la propia jornada electoral con las limitaciones de las libertades políticas de expresión y manifestación, principalmente, para todos los sujetos.

Para profundizar en las ideas anteriores se analiza la posición de los distintos sujetos ante el proceso electoral, en términos del ejercicio de la libertad de expresión. Cabe aclarar que, sin perjuicio de alguna mención específica a algún ordenamiento en concreto, las reflexiones se plantean como una visión general desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego, y se encaminan a establecer los márgenes en los que pueden moverse las diferentes regulaciones nacionales.

Libertad de expresión de los candidatos y la posición de los partidos políticos

Como el propósito esencial de la campaña electoral es la concurrencia libre y equitativa de distintos candidatos, y además se necesita que ellos puedan dar a conocer al electorado sus propuestas y programas políticos, se entiende que, con carácter general, la libertad de expresión de los contendientes y de los partidos u organizaciones que pueden presentar candidaturas, sea mayor y resulte reforzada, y las restricciones a la misma requieran una justificación más estricta.

Incluso después de la jornada electoral, los cargos públicos representativos suelen gozar de una especial protección en su libertad de expresión, en particular cuando se utiliza con una finalidad o en un contexto político. Por ejemplo, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos resguardan las afirmaciones que los parlamentarios realizan en el ejercicio de su función, mediante la prerrogativa de la inviolabilidad, a la que a veces se añade otra, como la inmunidad, incluso ante actuaciones llevadas a cabo fuera del ámbito parlamentario. Estas prerrogativas tienen la finalidad de preservar la función trascendental que en un sistema democrático cumplen los representantes políticos. Mediante la protección de su libertad de expresión, se facilita también el derecho de participación política de sus electores, así como la apertura y el pluralismo político consustanciales al juego democrático. Por ello el reforzamiento de su libertad de expresión tiene en general plena justificación, aunque la prerrogativa de la inmunidad debe levantarse cuando las circunstancias del caso lo requieran para asegurar derechos de terceros u otros principios constitucionales.

En cualquier caso, el TEDH ha reconocido esta protección especialmente intensa de la libertad de expresión de los representantes políticos, así como la necesidad de someter a un escrutinio más estricto a las medidas que tienden a su limitación:

Preciosa para todos, la libertad de expresión lo es muy particularmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como el demandante, impone al Tribunal llevar a cabo un control más estricto (TEDH 1992, párrafo 42).⁹

Sin embargo, esta especial protección es compatible con la idea de que los representantes políticos tienen también una especial responsabilidad a la hora de defender la democracia y evitar un discurso intolerante y racista. Con gran precisión el tribunal, en el citado asunto Féret, ha señalado que:

La calidad de parlamentario del demandante no puede considerarse una circunstancia atenuante de su responsabilidad. A este respecto, el Tribunal recuerda que es de crucial importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir palabras susceptibles de fomentar la intolerancia (Sentencia Erbakan contra Turquía [PROV 2006, 204512], núm. 59405/2000, 6 julio 2006, ap. 64). Estima que los políticos deberían ser particularmente escrupulosos, en términos de defensa de la democracia y de sus principios, puesto que su objetivo último es la propia toma del poder. [...] El Tribunal considera que la incitación a la exclusión de los extranjeros constituye una lesión fundamental de los derechos de las personas y debería justificar, en consecuencia, la precaución especial de todos, incluidos los políticos. [...]

Si, en un contexto electoral, los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores, en el caso de un discurso racista o xenófobo, tal contexto contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende

⁹ En el mismo sentido, véase la sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Jerusalem vs. Austria, párrafo 36, y sentencia de 16 de julio de 2009, Féret vs. Bélgica (TEDH 2009, párrafo 65).

a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino (TEDH 2009, párrafos 75-6).

En esta cita se pone de relieve que, según el tribunal, la especial protección de la libertad de expresión de los representantes políticos parece invertirse cuando se trata de discursos que incitan al odio o la intolerancia, o que puedan considerarse racistas o xenófobos. En estos supuestos, parece incluso que al representante político se le va a exigir más que a otros ciudadanos, de manera que el ámbito protegido de su libertad de expresión será menor. Ciertamente esta jurisprudencia plantea dudas, ya que parece que la libertad de expresión del representante político es mayor que para la generalidad de los ciudadanos; sin embargo, es menor cuando se trata de discursos que inciten al racismo o a la xenofobia, lo cual resulta un poco complejo de articular, sobre todo en supuestos en los que no será fácil determinar si la libertad de expresión del representante estará reforzada o restringida. Pero, no deja de ser apreciable la justificación, basada en la especial necesidad de preservar los valores democráticos, los derechos y la dignidad de la persona, valores seriamente lesionados por los discursos discriminatorios, y en el carácter ejemplar que el tribunal parece pedir a todo representante político en términos de compromiso con la democracia y sus valores.

Hasta ahora se han referido a las peculiaridades del ejercicio de la libertad de expresión por partidos políticos, candidatos o representantes políticos, en lo relativo al contenido. Sin embargo, en muchos estados, también se reglamenta la utilización de determinados medios de comunicación durante la campaña por los partidos y candidatos para la transmisión de mensajes de contenido electoral. Este aspecto, por su estrecha relación con la posición de los medios masivos, se desarrolla en el apartado siguiente.

Medios de comunicación

En las sociedades actuales, el papel de los medios de comunicación es trascendental en los más diversos aspectos, y el ámbito político-electoral no es una excepción. Hoy nadie duda que la campaña electoral se juega sobre todo en el terreno de los medios de comunicación. En este ámbito, cada vez es más importante el papel

desempeñado por internet,¹⁰ cuyas consecuencias y múltiples aplicaciones en materia político-electoral probablemente no han sido suficientemente evaluadas, y menos por el derecho; pero todavía son relevantes la televisión, la radio y la prensa escrita. Es precisamente este rol fundamental el que justifica, en no pocas ocasiones, una regulación que trata de asegurar el pluralismo, la equidad y la neutralidad (esta última al menos en los medios públicos o en los que gestionan un servicio público), lo que en ciertos supuestos conlleva restricciones para los propios medios o para los sujetos implicados, especialmente los partidos políticos y los candidatos.

Por una parte, teniendo en cuenta que las libertades de expresión e información son derechos fundamentales garantizados a cualquier sujeto privado, en principio parece difícil justificar restricciones generalizadas a estos derechos. Pero si se tiene en cuenta que en muchos sistemas democráticos la titularidad de algunos medios es pública, puede entenderse que se imponga una posición que garantice la neutralidad y el pluralismo. Exigencia que, con algunos matices, puede trasladarse a veces a medios privados que gestionen un servicio público (la televisión tiene con carácter general esa consideración en algunos países).

La variedad de regulaciones en este punto puede ser muy acusada, pues depende de muchos factores, como la mayor o menor presencia pública en el mercado de las telecomunicaciones, la consideración y el régimen jurídico de la televisión y de otros medios, el mismo sistema electoral o el modelo de partidos, que pueden aconsejar, según los casos, una regulación más intervencionista, o bien una que deje más ámbito a la libertad de los medios para configurar sus contenidos y programas e incluso para transmitir sus posicionamientos en el ámbito político-electoral. Así por ejemplo, en España, es preciso tener en cuenta la importancia de la televisión como servicio público, y la conveniencia de una regulación que garantice el pluralismo en todos los medios y la neutralidad en los que gestionan la transmisión. En este contexto, la regulación actual, contenida en el artículo 66 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) tras la importante reforma en 2011, establece tres niveles de exigencia respecto a los medios de comunicación (García y Rallo 2013, 201): 1) a los medios de comunicación de titularidad pública se les exige, en período electoral, respeto al pluralismo político y social, así como

¹⁰ Véase al respecto, por ejemplo, Cano (2011, 141-59).

a la igualdad, proporcionalidad y neutralidad informativa en su programación, y sus decisiones son recurribles ante la Junta Electoral; 2) a las televisiones privadas se les exige el respeto a los mismos principios en los debates y entrevistas electorales y en la información acerca de la campaña electoral; 3) al resto de emisoras privadas solo se les impone el respeto a los principios de pluralismo e igualdad, pero no a los de proporcionalidad y neutralidad informativa.

Como antes se mencionaba, un segundo aspecto sería el relativo a las restricciones que en campaña electoral encuentran los partidos políticos y las candidaturas para contratar propaganda electoral en los medios de comunicación, particularmente, en televisión. En este aspecto, se implican también los principios de libertad de expresión, por un lado (ya que la propaganda política es también una manifestación de la misma), y de respeto al pluralismo y la equidad entre las distintas candidaturas, por otro; pero acaso las restricciones puedan tener una justificación adicional, como es la conveniencia de regular y limitar los gastos electorales de los partidos, teniendo en cuenta además que existen habitualmente otras formas menos costosas económicamente (también más abiertas y con menor posibilidad de manipulación) de ejercer esa misma libertad de expresión. En cualquier caso, también en este punto el derecho comparado ofrece las más variadas regulaciones. Para el caso europeo, en la importantísima sentencia del TEDH de 11 de diciembre de 2008, caso TV Vest As y Rogaland Pensjonistparti vs. Noruega (TEDH 2008, párrafos 24 y 67) se remarcan las principales regulaciones jurídicas en la materia, se establecen cuatro grupos de países a estos efectos:

- 1) En 13 países se estableció una prohibición de contratación de propaganda política de pago en emisoras de radio y televisión. Se citan en este grupo, por ejemplo, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Irlanda, Noruega o Suecia.
- 2) En 10 países se permite la contratación de propaganda política en las emisoras: Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Polonia, Estonia, Letonia, Lituania, Austria, Finlandia, Luxemburgo, entre otros.
- 3) Hay 11 países en los que se prevé la cesión de espacios gratuitos para la transmisión de propaganda electoral durante la campaña (si bien cinco de estos estados combinan la regulación con la prohibición de contratación fuera de esos espacios). Figuran aquí países como la República Checa, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda o Italia.

- 4) Otros países carecen de regulación para el uso de espacios gratuitos por parte de los partidos políticos. En algunos, como Bulgaria, Noruega o Suecia, no existe en ningún caso tal cesión de espacios. En otros, como Suiza, Finlandia o Chipre, la situación depende de las emisoras, que a veces permiten voluntariamente esta práctica.

En el caso de España, la reforma electoral de 2011 ha aumentado las prohibiciones de contratación previamente existentes, que eran solamente aplicables a los medios de comunicación de titularidad pública, se amplió a la contratación de publicidad en periodo electoral en las televisiones privadas. Esta prohibición se combina con la cesión obligatoria de espacios gratuitos de propaganda electoral en las televisiones y emisoras de radio públicas (LOREG, artículo 60). Esta nueva regulación, junto con la imposición de los principios de pluralismo, igualdad, proporcionalidad, y neutralidad en las televisiones públicas, podrían entrar en conflicto con la libertad de expresión e información, por lo que recibieron críticas por la Federación de Asociaciones de Periodistas de España (Mateos y de Cabo 2011, 339). En el resto de medios se tiene libertad de contratación, sin embargo, la propia reforma prohíbe las actividades de propaganda electoral en el intervalo que va desde la convocatoria al inicio de la campaña –razonablemente, debe de interpretarse como una restricción aplicable a cualquier periodo diferente a la campaña electoral, como destaca Aranda (2011, 366-7).

En México, una importante reforma constitucional en materia electoral se formuló en 2007, que influyó tanto a las posibilidades de los partidos políticos como de los ciudadanos (Carbonell 2008, 43 y ss.; Temkin y Salazar 2010; Roldán 2011, 15 y ss.; Buendía y Azpiroz, 2011). En lo que atañe a los partidos políticos, contiene dos aspectos importantes: 1) el apartado A de la fracción III del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) introduce la prohibición de que estos puedan “contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión”; 2) el apartado C de la misma fracción señala que “en la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas”.

Se trata en ambos casos de restricciones a la libertad de expresión que pueden encontrar justificación, en el primer caso, en el principio de equidad y en la

conveniencia de contener los gastos electorales; y en el segundo, en la protección del honor de las personas (que en cierta medida puede extenderse a las personas jurídicas), así como en el respeto debido a las instituciones legítimas en un Estado democrático, que puede conllevar medidas orientadas a preservar su imagen y su neutralidad política. Por lo demás, en su carácter de reforma constitucional, no puede plantearse con rigor jurídico la posibilidad de que sea inconstitucional, puesto que sin cláusulas de intangibilidad en la Constitución, no parece fácil justificar el control de constitucionalidad material de la reforma y, como la libertad de expresión es un derecho-principio de alcance más general, las normas restrictivas (junto a la aplicable a terceros, que se comenta más adelante) tienden a aparecer como una excepción, salvo que quisiera buscarse un parámetro externo para justificar la controvertida teoría de las “normas constitucionales inconstitucionales” (Bachof 2010). Otro aspecto es la valoración que pudiera merecer la aplicación de estas medidas desde el punto de vista de los convenios internacionales, para saber si suponen violación de la libertad de expresión sería necesario aplicar la prueba ya conocida buscando su finalidad, necesidad y proporcionalidad.

En Europa, el TEDH se ha pronunciado al respecto en la mencionada sentencia del caso *TV Vest As y Rogoland Pensjonistparti vs. Noruega*. Se trataba de valorar, desde la perspectiva de la libertad de expresión, la aplicación del precepto legal que prohibía a las emisoras de televisión transmitir anuncios acerca de filosofía de la vida u opiniones políticas, que en el caso concreto afectó a determinados anuncios contratados por el Partido de los Pensionistas. El tribunal, considerando la prohibición es absoluta y que opera no solo en periodo electoral, entiende que en este caso no parece aplicable el amplio margen de apreciación estatal que generalmente tendría en cuenta la variedad de regulaciones legislativas antes apuntada (párrafos 66-7). Además, la medida tiene como fundamento que permitir este tipo de anuncios rebajaría la calidad del debate político, también persigue como finalidad garantizar el pluralismo y la equidad, así como limitar los costes de la campaña y ayudar a preservar la imparcialidad política de las emisoras de televisión (párrafo 70). Sin embargo, afirma que la institución es un pequeño partido que difícilmente puede encuadrarse en la categoría de aquellos que son el objetivo central de la prohibición, y antes al contrario sus limitados medios financieros y escasas posibilidades de acceso al medio televisivo le impedían obtener una injusta ventaja de esa situación, de manera que más bien sería uno

de los grupos a los cuales dicha prohibición pretende proteger; sin embargo, lo colocó en una posición de desventaja. Tampoco se aprecia que los anuncios emitidos contribuyeran a rebajar el nivel del debate político, ni que de otro modo pudieran herir sensibilidades o resultar ofensivos, lo que hubiera dificultado una relajación de la prohibición (párrafos 72-5). Por todo ello, entiende que en el caso concreto las finalidades legítimas no alcanzan a justificar la medida, que carece de proporcionalidad respecto a dichos fines.

La posición de terceros

En fin, quedarían por analizar las posibles restricciones a la libertad de expresión de terceros en el ámbito político-electoral. En principio, la regulación que se establezca con alcance general implica a cualquier ciudadano, por supuesto, a los titulares de medios de comunicación, sean personas físicas y jurídicas. No sucedería, en cambio, al revés, ya que las restricciones que se establezcan específicamente para partidos políticos, candidatos o medios de comunicación no afectarían a los ciudadanos que no formen parte de las candidaturas ni sean responsables de medios de comunicación. Por este motivo, y siempre en términos generales, parece que las finalidades de mantener la equidad y el pluralismo del proceso electoral tendrían menos peso para restricciones de la libertad de expresión de particulares, siempre que estas se puedan lograr estableciendo las mismas restricciones solamente para partidos políticos o medios de comunicación. Incluso, dentro del ámbito de estos últimos, convendría circunscribir la restricción, si procede, a la radio y la televisión cuando así se pueda conseguir el objetivo. Ciertamente, internet desempeña un papel fundamental en todos los aspectos de la sociedad, la difusión de ideas políticas, la promoción de partidos o las campañas electorales no son una excepción. En este contexto, se trata probablemente del medio más accesible a ciudadanos individuales carentes de vinculación con partidos políticos o con otros medios de comunicación (prensa, radio o televisión). Es probablemente, en este sentido, el medio más abierto y democrático para ejercer la libertad de expresión política. Tanto la accesibilidad como la difusión de los mensajes en internet genera un alcance muy diferente para particulares, para partidos y medios de comunicación, teniendo estos últimos posibilidades mucho más elevadas. Por ello, aun cuando la finalidad de preservar el pluralismo y la equidad de opciones conlleve restricciones

aplicables a este medio, estas habrían de aplicarse de preferencia a partidos y titulares de otros medios de comunicación que tengan cierto peso en la sociedad evitando en lo posible su imposición indiscriminada a todos los ciudadanos.

Con independencia de lo anterior, es claro que algunas restricciones o prohibiciones aplicables a medios de comunicación, como las mencionadas en relación con la publicidad electoral, perjudican también a otros particulares si se establecen con carácter general, en la medida en que si se prohíbe a los medios emitir este tipo de propaganda, tampoco terceros podrían contratarlo en los supuestos en que esté prohibido. Pero esto no justifica con carácter general las limitaciones o prohibiciones impuestas directamente a particulares, cuando el mismo objetivo se pueda alcanzar permitiéndoles cualquier otra manifestación de la libertad de expresión. Al contrario, salvo que exista una justificación específica, las restricciones deberían limitarse a lo necesario para conseguir las finalidades legítimas.

Por todo lo anterior, es razonable someter a un examen más estricto las limitaciones a ciudadanos que no desempeñan un papel más directo y relevante en la campaña electoral, como los partidos y los medios de comunicación audiovisual, pues a los primeros no les es aplicable la especial responsabilidad que podrían tener los segundos para la preservación de la equidad y el pluralismo, y en la medida en que sus posibilidades de influencia o alteración político-social son habitual e individualmente menores, su libertad de expresión debería facilitarse en vez de limitarse.

Lo anterior no significa que este tipo de restricciones, aplicables indiscriminadamente a toda la población, no existan, o que cuando se establezcan sean por definición lesivas de la libertad de expresión. En el caso de México, la reforma de 2007, además de las limitaciones ya comentadas aplicables a los partidos políticos, contiene en el apartado A de la fracción III del número 41 una previsión de alcance mucho mayor:

Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

Aunque esta previsión parece justificada por el gran poder de algunos grupos mediáticos habían alcanzado en el pasado, con posibilidad de realizar campañas cuya influencia en el resultado final de las elecciones podía ser notoria, quizá su alcance llegó demasiado lejos desde el punto de vista de la injerencia generalizada que supone en la libertad de expresión. De ahí que se haya planteado que de algún modo la CPEUM se vuelve contra sí misma, pues se generan un conflicto intraconstitucional (Roldán 2001, 15 y ss.), y se ha propuesto una interpretación rigurosa y restrictiva de la prohibición (Carbonell 2008, 48 y ss.).

Respecto al caso *Bowman vs. el Reino Unido*, que es el objeto central de nuestro análisis, se valoran las restricciones a actividades de particulares en sentido estricto. La Ley de Representación del Pueblo de 1983 prohibía el gasto de más de cinco libras esterlinas por parte una persona diferente al candidato, su agente o una persona autorizada, durante el periodo anterior a una elección, con el objeto de transmitir información a los electores para promover o facilitar la elección de un candidato. Se trata, por tanto, de una limitación que afecta a cualquier sujeto, y de hecho en el caso concreto se aplicó a una persona física particular, Phyllis Bowman, aun cuando fuera directora de la sociedad SPUC, no tenía la condición de candidata ni actuaba en representación de un gran medio de comunicación audiovisual. Aunque el TEDH no señala expresamente que esta circunstancia implique una mayor protección de su libertad de expresión o un escrutinio más estricto para limitarla, pondera que en las circunstancias del caso, la prohibición actuó como una barrera total debido a que no hay prueba de que las otras opciones que quedaban abiertas por la legislación (utilizar medios de prensa, distribuir sus panfletos antes de las semanas previas a las elecciones, o presentarse ella como candidata) resultasen accesibles en su caso, o bien porque dichas opciones no eran oportunas o eficaces para lograr la finalidad informativa que ella pretendía.

Por todo ello, aunque en ciertas situaciones puedan imponerse límites o restricciones a la libertad de expresión de los particulares en el ámbito político-electoral durante la campaña electoral, en muchos casos puede resultar más difícil justificar la imposición de esos límites, sobre todo cuando los particulares no tienen fácil acceso a los grandes medios de comunicación.

Libertad de expresión y financiación electoral

Antes de iniciar el análisis del cumplimiento del requisito de la necesidad y proporcionalidad de las restricciones en el caso Bowman, conviene detenerse, ya sea brevemente, en una cuestión de relevancia: en el caso en examen la prohibición no se predica directamente del ejercicio de la libertad de expresión, sino que afecta al máximo de gasto posible dedicado a promover o facilitar la elección de un candidato. Esta circunstancia plantea varias cuestiones significativas: en primer lugar, si dicha restricción puede considerarse equiparable a una limitación a la propia libertad de expresión; en segundo, qué relevancia tiene esta cuestión desde el punto de vista de la justificación de la finalidad de la medida; y en tercer lugar, en qué regulación pueden establecerse limitaciones a la financiación privada de los partidos, y si esta puede considerarse una restricción a ese tipo de financiación.

En referencia al primer punto, la sentencia es clara al señalar que, si bien la sección 75 de la ley no restringe directamente la libertad de expresión, “no puede haber duda” de que la prohibición contenida en la misma “equivale a una restricción a la libertad de expresión misma que directamente afectó a la señora Bowman” (TEDH 1998, párrafo 33). El criterio parece bastante razonable y acertado, pues de lo contrario se estaría reduciendo la libertad de expresión a un concepto meramente formal y vacío de contenido, pues de poco sirve reconocer este derecho si luego se prohíbe utilizar los medios necesarios para su ejercicio. Por lo anterior, la limitación de los medios financieros que el propio particular puede dedicar a hacer posible la difusión de sus ideas, opiniones o de informaciones relevantes, equivale a una restricción en su propia libertad de expresión.¹¹

¹¹ Por lo demás, y aunque esta cuestión excede del examen del caso, ninguno de los derechos fundamentales puede considerarse mero derecho de libertad, pues todos requieren una actitud positiva de los poderes públicos que contribuya a facilitar su ejercicio. No es dable considerar que el Estado deba controlar cualquier medio necesario para el ejercicio de la libertad, pero podría tener cierta relevancia la cuestión de si los poderes públicos facilitan a los ciudadanos y a los grupos sociales significativos, por esa u otra vía de comunicación, la transmisión de ese tipo de mensajes.

En lo relativo al segundo aspecto, ya se ha apuntado que ciertas medidas como las limitaciones impuestas a los partidos para la contratación de propaganda electoral, tienen como finalidad (entre otras) la contención de los gastos electorales, de importancia al realizar el juicio de proporcionalidad. En el caso de medidas aplicables a particulares esta finalidad no parece existir, o no tendría el mismo peso, ya que el gasto que estos realicen para la difusión de sus propios mensajes no es estrictamente un gasto electoral. Sin embargo, la conveniencia de limitar el gasto desempeña un papel mediato respecto de la limpieza de la campaña, ya que la prohibición afecta específicamente a los mensajes que tienden a favorecer (o perjudicar) a candidatos concretos. De este modo, permitir a cualquier sujeto gastar cualquier cantidad de dinero con el objetivo de favorecer a determinados candidatos, podría afectar a la independencia de los propios candidatos y la equidad necesaria en la concurrencia de candidaturas. En el supuesto en examen, a diferencia de lo que suele suceder con los límites aplicables a los partidos, la finalidad de limitar el gasto electoral no se expresa directamente en la justificación de la medida.

Sin embargo, no puede ignorarse por completo la cuestión de la repercusión de este tipo de medidas en la financiación electoral, tercer punto. En este ensayo no se profundiza en la financiación electoral, pero baste apuntar que si limitar los costos electorales es una finalidad loable, las medidas tendentes a dicha limitación podrían resultar ineficaces si no se extiende a los particulares, que pueden apoyar a partidos o candidatos determinados. En definitiva, ese tipo de apoyos podrían operar como una forma de financiación o como una donación encubierta.

La regulación de la financiación electoral varía mucho en cada ordenamiento jurídico: hay sistemas en los que domina la financiación pública, mientras que en otros tiene más protagonismo la financiación privada. En cualquier caso, siempre es conveniente moderar los gastos electorales, que por cierto puede resultar más fácil gracias a las nuevas tecnologías y al alcance de los medios de comunicación de masas, si se opta por la utilización de medios menos costosos y probablemente más eficaces, como los debates televisados (que no cuestan dinero a los partidos, sino que lo generan para los medios), internet o las redes sociales. La mayor parte de los sistemas contienen también alguna limitación que afecta al dinero que los particulares pueden emplear para favorecer a partidos o candidatos determinados, y así a veces se prohíben las donaciones anónimas a partidos, se limita la cuantía

máxima de las donaciones legales, o se imponen controles a la financiación privada. Como no corresponden al erario, estas medidas parecen orientadas más a garantizar la transparencia y la equidad de la concurrencia electoral, que a limitar el gasto *per se*; cabe apreciar el objetivo de impedir que se defrauden las prohibiciones y limitaciones aplicables a los propios partidos o candidatos, lo que sucedería si estos pueden obtener beneficio directo de la actividad de particulares, bien desde la perspectiva de la mejora de sus expectativas electorales, bien desde la del gasto que ahorran si un particular asume el costo de propaganda o de cualquier forma de difusión favorable.

Probablemente en este contexto se entienden las limitaciones impuestas en la Ley de 1983, objeto de debate en el caso *Bowman*, y no es por ello casualidad que las restricciones, si bien aplicables a particulares, rigen precisamente en periodo electoral; pero falta analizar la cuestión esencial de si esas restricciones de gasto, que tienen un fin legítimo, resultan proporcionadas.

Proporcionalidad y margen de apreciación nacional

Se ha referido la doctrina del margen de apreciación nacional y su utilización por la jurisprudencia del TEDH. No es posible en el contexto de este trabajo llevar a cabo un examen profundo de todas las cuestiones que este concepto conlleva, pero conviene apuntar que aunque este margen tiene gran cantidad de consecuencias y actúa en diversos aspectos, repercute en el juicio de proporcionalidad: se integran como “un límite estructural que permitiría no entrar a revisar, en ciertos casos, la interferencia en el derecho, o contentarse con hacer un escrutinio liminar” (García 2010, 91-2).

El juego del margen de apreciación es variable en la jurisprudencia del TEDH según las circunstancias de los casos concretos, aunque puede apreciarse una tendencia general a su reducción, al menos en la medida en que en ciertos temas se va ampliando el ámbito del consenso o los puntos de coincidencia entre las regulaciones de los estados miembro. El análisis del derecho comparado incide en la determinación de si existe una normativa común y en la reducción del margen de apreciación (García 2010, 147). En el caso de la libertad de expresión, como ha señalado Rebató (2004, 68), puede apreciarse que la sentencia de 26 de abril de

1979, caso *Sunday Times*, supone un punto de inflexión en referencia al amplio margen de apreciación establecido anteriormente en *Handyside vs. Reino Unido* (sentencia de 7 de diciembre de 1976), pues en la primera sentencia el tribunal declara que puede controlar la actuación de los estados respecto al margen, aun cuando lo hubiesen utilizado con buena fe, discreción y de forma razonable. Aunque en realidad, el criterio del margen de apreciación se ha utilizado en la jurisprudencia posterior, y ha revestido mayor intensidad dependiendo de los factores en juego en cada caso.

Por lo demás, el margen de apreciación nacional actúa como un elemento de flexibilización del juicio de proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos, en particular, de la libertad de expresión. La jurisprudencia ha aportado diversos factores que hacen el escrutinio más estricto, o al contrario, lo flexibilizan. Ello también puede repercutir en el ámbito del margen de apreciación, pues cuanto más preciso sea el escrutinio, menos juego desempeñará el margen de apreciación. En el caso concreto de la libertad de expresión, el TEDH considera que su ejercicio por cargos de representación política, o con la finalidad crítica política, está especialmente fortalecido, sometiéndose en tal caso las limitaciones a un escrutinio más riguroso (al respecto, por ejemplo, los casos ya mencionados *Castells vs. España*, *Jerusalem vs. Austria*, *Féret vs. Bélgica*). En cambio, la falta de uniformidad en la regulación jurídica de los países signatarios del convenio flexibiliza el escrutinio de la proporcionalidad, da mayor peso en tal hipótesis al margen de apreciación nacional (por ejemplo, caso *TV Vest As y Regoland Pensjonistparti vs. Noruega*). Sin embargo, la mayor flexibilidad no prejuzga una decisión favorable a las restricciones impuestas por los estados, y por el contrario, un escrutinio más severo no implica necesariamente la estimación de la demanda de los ciudadanos frente a las limitaciones a su libertad de expresión. Entre tantos ejemplos, puede apuntarse que en el caso *Féret vs. Bélgica* el tribunal entiende que no se ha vulnerado el derecho a pesar de someter los hechos a un escrutinio muy cuidadoso, mientras que en el caso *TV Vest* el mayor margen de apreciación nacional no le impide señalar que la aplicación de la legislación noruega vulneró la libertad de expresión de la emisora y del Partido de los Pensionistas.

En la sentencia *Bowman*, el tribunal sólo menciona expresamente el margen de apreciación nacional al referirse a la ponderación que han de realizar los estados en caso de conflicto entre la libertad de expresión y la organización del derecho

a elecciones libres (TEDH 1998, párrafo 43), pero no parece tenerlo en cuenta, al examinar la necesidad y la proporcionalidad de la prohibición. Quizá por ello algunos votos particulares señalan expresamente que debió darse más juego al margen de apreciación del Reino Unido. Así, la opinión parcialmente disidente conjunta de los jueces Loizou, Baka y Jambrek: “Hay que ver en esta restricción, que depende del margen de apreciación del Estado, un componente de un régimen electoral democrático equilibrado” (TEDH 1998, párrafo 6), la misma opinión vuelve a referirse al tema en los párrafos 10 y 11, ahora como un aspecto central de su discrepancia. En la misma línea, la opinión parcialmente disidente del juez Freeland, compartida por el juez Levits, es la siguiente:

el interferir con el derecho a la libertad de expresión con la aplicación de la sección 75 resulta estrecha en su alcance. Desde mi punto de vista, entra en la libertad de discrecionalidad otorgada al Estado contratante en cuanto a la decisión de lo que es necesario, a la luz de la propia experiencia histórica y circunstancias actuales, para una adecuada regulación de un proceso tan relevante para la democracia como es la conducción de las elecciones parlamentarias (párrafo 12).

La opinión parcialmente disidente del juez Valticos llega a afirmar que “resulta algo ridículo buscar darle lecciones al Gobierno británico sobre el cómo llevar a cabo las elecciones y mantener una democracia”. Desde luego, esta última afirmación parece bastante exagerada, pues de aplicar esa idea parece que el Reino Unido por alguna razón quedaría exento del control del tribunal, al menos cuanto a la organización de las elecciones libres. Con independencia de esta circunstancia, parece que algunos votos particulares pretenden ubicar la cuestión del margen de apreciación en el ámbito de la organización de las elecciones, y así en el artículo 3 del Protocolo, en lugar de en el terreno más general de las restricciones a la libertad de expresión. Aunque la opinión parcialmente disidente de los jueces Loizou, Baka y Jambrek sitúa la cuestión del margen de apreciación en el ámbito de la libertad de expresión, la perspectiva aludida está presente en la opinión de Valticos y es mucho más visible en la opinión disidente de Freeland, que expresamente se refiere en su punto 3 al margen de apreciación de los estados en relación con la elección de sistemas electorales, con cita del caso Mathieu-Mohin. Puede que ello se deba a que en la jurisprudencia del TEDH el margen de apreciación es más relevante para el

derecho a elecciones libres que en otros artículos del convenio, porque la existencia de una gran variedad de sistemas electorales y de normas de procedimiento implica mayor heterogeneidad. La libertad de expresión (y algunos otros derechos de libertad) con carácter general se situarían casi en un extremo contrario, pues aunque el margen de apreciación existe, probablemente tiene menos juego, porque el propio convenio enumera los fines legítimos para las restricciones, también porque existe una mayor proximidad en las regulaciones y en las tradiciones constitucionales en la materia, y además hay ya una amplia base doctrinal en la jurisprudencia del propio tribunal para reducir el margen de actuación. Acaso por todo ello, aunque la cuestión no se explicita ni en la sentencia ni en los votos, la ubicación del asunto en uno u otro ámbito puede tener consecuencias en el grado del margen. En todo caso, y con independencia de que la organización de las elecciones influye en este asunto, desde el punto de vista de los derechos cuya vulneración se cuestiona es sin duda alguna un asunto de libertad de expresión, y por ello entiendo que es en ese ámbito donde debe buscarse el juego del margen de apreciación.

Por otra parte, el examen de la necesidad y proporcionalidad de la medida es esencialmente casuístico, sin que los factores que abogan por un escrutinio más o menos estricto, o por un mayor o menor margen de apreciación, sean decisivos ni permitan resolver genéricamente un grupo de casos prescindiendo de las circunstancias concretas de cada uno. Hay, sin duda, un importante factor subjetivo en la valoración final de cada asunto. En el caso *Bowman*, probablemente tanto el tribunal como las opiniones disidentes alcanzan a apuntar los factores que jugarían a favor y en contra de considerar que la medida en examen fue proporcional a la finalidad perseguida; pero en cada caso se da más peso a unos o a otros, para llegar a una discrepancia en la conclusión final: si la norma legal actuó como una barrera total a las posibilidades de expresarse y transmitir la información relevante.

Así, las opiniones disidentes de los jueces *Loizou*, *Baka* y *Jambrek* se centran en que existía “una diversidad de formas de expresar las convicciones propias y llevarlas a la atención del electorado sin promover ni oponerse a ningún candidato particular en un distrito electoral concreto”, y en que la prohibición en cuestión

no prohíbe gastar dinero para promover una causa si el gasto no pretende favorecer o comprometer las posibilidades de un candidato concreto; contrapesa el límite impuesto a los candidatos y está limitado en el tiempo” (TEDH 1998)

se enfatiza por tanto que la sección 75 “no prohíbe gastar para suministrar elementos de hecho o formular comentarios dirigidos simplemente a informar al público” (TEDH 1998) en la opinión de Freeland.

En cambio, la mayoría del TEDH en la sentencia se centra en que, en el caso concreto, la señora Bowman no tuvo medios alternativos para transmitir su información y sus ideas, considerando que, aunque esa misma actividad hubiera podido realizarse legalmente en las semanas precedentes a la campaña, ello no habría logrado la finalidad perseguida de informar a la población en el periodo crítico previo a la elección (TEDH 1998, párrafo 45); por lo demás, el tribunal señaló que no quedó acreditado que hubiera tenido acceso a que el material contenido en los panfletos fuera difundido por la prensa, radio o televisión, ni tampoco era su deseo postularse ella misma como candidata –además requería un depósito de quinientas libras– (párrafo 46). En suma, según la sentencia, a efectos prácticos, la restricción legal operó como una “barrera total a la publicación de la información de la señora Bowman con miras a influir a los votantes de Halifax a favor de cualquier candidato contrario al aborto” (párrafo 47). La opinión conjunta de los jueces Pettiti, Lopes Rocha y Casadevill coincide globalmente con el sentido de la sentencia, discrepa precisamente en este punto, argumentan que la actividad de Bowman no estaría destinada a la facilitación o la promoción de un candidato, sino “a informar a los votantes de Halifax de las intenciones probables de los candidatos con respecto al tema del aborto”. De este modo, ellos entienden que esa actividad no vulneraría la sección 75 de la ley, por lo tanto, no sería la norma, sino su aplicación al caso concreto la que provocaría la vulneración de la libertad de expresión.

En fin, en la valoración de la proporcionalidad de la medida, no es irrelevante en modo alguno cuál es la cuantía máxima que la ley fija como gasto que pueda orientarse a favorecer a candidatos determinados. El tribunal considera muy significativo que el límite se fije en un monto tan bajo como cinco libras (párrafo 45). En cambio, las opiniones disidentes de los jueces Valticos y Freeland destacan que el gasto efectivamente realizado debió ser muy superior, ya que permitió que circularan un millón y medio de panfletos por todo el Reino Unido.

En opinión del autor, y reiterando que la aplicación del principio de proporcionalidad da al tribunal un amplio margen de apreciación (que solo se reduce en la medida en que acepta reconocerlo en parte a los estados), en el caso concreto parece que la restricción no resultaba equilibrada y era excesiva para el fin perseguido.

Si se trata de evitar que poderosos grupos fácticos o económicos puedan afectar a la independencia de los candidatos o romper la necesaria equidad de la concurrencia electoral, la propia medida es cuestionable pues limita unas actividades en principio más accesibles, como la distribución de panfletos, deja expeditas otras que habitualmente quedan menos al alcance de cualquier ciudadano medio, como la publicación en prensa o la radiodifusión por la Corporación de Radiodifusión Británica (BBC). Por lo demás, el límite de cinco libras parece bajísimo y, aun aceptando que esta medida pueda contribuir a dicho fin, este se conseguiría de forma más adecuada con un límite bastante más elevado, que permita un gasto razonable pero no excesivo, asumible por ciudadanos medios interesados en transmitir sus opiniones o preferencias en uno u otro sentido, sin alterar las reglas de equidad. En cierta medida, y sin minusvalorar los medios de quien puede editar un millón y medio de pasquines (solo fueron 25,000 en el condado de Halifax), acaso ocurre en este supuesto, como en el asunto *Tv Vest As vs. Noruega*, que una medida pensada para evitar que personas o grupos poderosos puedan intervenir en la campaña alterando las reglas de la equidad, finalmente puede impedir la participación de personas o entidades mucho más modestas, para las que otras vías de acceso al ejercicio de la libertad de expresión con ciertas posibilidades de difusión quedan cerradas. Sin que se pueda afirmar rotundamente que esto sucedió en el caso de la señora Bowman, el límite de cinco libras parece desproporcionado y puede dar lugar a situaciones indeseables del tipo descrito. Y que en el caso concreto, la actividad llevada a cabo por la demandante no tenía el alcance de alterar las reglas del juego democrático, la equidad ni la libre concurrencia de las candidaturas (no está en modo alguno probado que sus pasquines pudieran contribuir a que los candidatos más favorables al aborto perdieran votos), y en cambio debe entenderse incluida entre las actividades legítimas que un ciudadano puede llevar a cabo como manifestación de su libertad de expresión en el ámbito político-electoral. Desde esta perspectiva, la decisión de la sentencia parece acertada.

Conclusiones

El examen del caso Bowman desde la perspectiva de los derechos en juego pone de relieve diversas cuestiones de importancia, algunas de las cuales están presentes de algún modo en la jurisprudencia del TEDH acerca de la libertad de expresión en el

ámbito político-electoral, mientras que otras son reflexiones o ideas que cabe añadir para una regulación más adecuada y mayor comprensión del tratamiento jurídico de la materia. Las conclusiones más relevantes de este ensayo son las siguientes:

- 1) La libertad de expresión y las elecciones libres son pilares fundamentales en un Estado democrático. Normalmente estos principios actúan en la misma línea y se refuerzan mutuamente, de manera que los estados con mayor calidad democrática suelen caracterizarse por una aplicación más intensa de ambos derechos-principios.
- 2) En ciertos casos, libertad de expresión y la organización de elecciones libres pueden entrar en conflicto, como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias sentencias, como en el caso *Bowman*, porque en ocasiones ciertas restricciones a la libertad de expresión pueden contribuir a asegurar el pluralismo y la equidad del proceso electoral.
- 3) En la valoración de las medidas que pueden restringir la libertad de expresión, a efecto de determinar si vulneran el artículo 10 del Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido unos parámetros estandarizados que configuran un test global en el que han de valorarse los siguientes puntos:
 - a) Previsión legal.
 - b) Fin legítimo (que el propio convenio señala en el artículo 10.2).
 - c) Necesidad de la medida, entendida como adecuación al fin e imposibilidad de conseguirlo por vías que supongan una injerencia menor en el derecho.
 - d) Proporcionalidad en sentido estricto, entendida como equilibrio entre el medio y el fin, de manera que la injerencia en el derecho no resulte excesiva ponderándola con el beneficio obtenido en el fin perseguido.
- 4) Diversos factores pueden contribuir a que el test anterior se realice de forma más estricta, o bien se flexibilice; el TEDH utiliza así distintos parámetros teniendo en cuenta diversas circunstancias que pueden concurrir en cada caso.
- 5) En el ámbito político-electoral, existen determinadas peculiaridades relevantes. El tribunal ha interpretado el artículo 3 del Protocolo del convenio como

un derecho fundamental a las elecciones libres, incluyendo aspectos como el sufragio universal, el secreto del voto y el resto de condiciones que posibiliten que las elecciones permitan la libre expresión de la voluntad popular. Sin embargo, queda un amplio margen para la regulación estatal, en aspectos tan relevantes como la opción por un sistema electoral determinado, o la regulación de las limitaciones aplicables a los sujetos intervinientes en el proceso electoral. Ello no quiere decir que el convenio no imponga consecuencias en estos ámbitos, y así por ejemplo el tribunal ha establecido que ciertas barreras electorales pueden resultar excesivas.

- 6) Si bien es muy reiterada la jurisprudencia del TEDH que apuesta por un reforzamiento de la libertad de expresión cuando se refiere a cuestiones políticas, se utiliza para la crítica al gobierno o se ejerce por representantes políticos, ello es compatible con la idea de que dicha libertad puede requerir restricciones específicas en el ámbito electoral, sobre todo en campaña electoral.
- 7) Aunque el derecho comparado muestra una gran disparidad de regulaciones en las restricciones a la libertad de expresión de diversos sujetos en campaña electoral, pueden apuntarse algunas reflexiones generales. En primer lugar, las restricciones legítimas deben estar amparadas en un fin lícito, como la garantía del pluralismo y la equidad en el proceso. En segundo término, la posición de los distintos sujetos en la campaña electoral resulta también relevante.
- 8) El principio de equidad y la conveniencia de limitar los gastos electorales pueden justificar la imposición de ciertas restricciones a los partidos políticos. Por otro lado, a los titulares de los grandes medios de comunicación de masas se les puede exigir un mayor grado de compromiso con la limpieza del proceso (y en especial a las emisoras de televisión cuando es un servicio público). Por lo demás, la calidad del debate político (y la misma conveniencia de reducir gastos) pueden aconsejar la restricción de los mensajes político-electorales con mero carácter publicitario o comercial.
- 9) Los motivos anteriores justifican, en el derecho comparado, numerosas restricciones impuestas a los partidos, a los medios de comunicación, o a ambos, en lo relativo a la emisión de mensajes o anuncios políticos en campaña. Se encuentran fórmulas que van desde la prohibición de contratación de anuncios, hasta la cesión de espacios publicitarios gratuitos en televisión pública, pasando por el respeto a la libertad de contratación también en este ámbito.

Desde luego, esto no implica que se admita cualquier restricción, sino que tiene que someterse al juicio de proporcionalidad más flexible; resulta lesiva del derecho si en el caso concreto cierra de forma injustificada o exagerada las vías de los partidos políticos para transmitir sus mensajes a los electores (*Tv Vest As y Rogaland Pensjonistparti vs. Noruega*).

- 10) En el caso de los particulares distintos a partidos políticos y medios, las restricciones para su intervención en la campaña deben medirse de forma más rigurosa, y solo estarán justificadas cuando la finalidad de preservación del pluralismo o la equidad no pueda conseguirse de otro modo. Las propias limitaciones en este ámbito, impuestas desde la Constitución en países como México, deben interpretarse de forma restrictiva pues restringen el derecho fundamental a la libertad de expresión.
- 11) Como en todos los derechos del convenio, el tribunal ha reconocido un margen de apreciación nacional en la aplicación de las exigencias del convenio. Dicho margen puede variar en los distintos temas, o incluso en cada caso concreto en función de diversas circunstancias. Es mayor cuando las divergencias entre las normativas de los distintos estados son más acusadas, y más pequeño cuando existe una base de regulación común. En el ámbito de la libertad de expresión en campaña electoral, aspectos como los límites a la contratación de publicidad electoral requieren un margen de apreciación más amplio.
- 12) A pesar del elevado nivel de estandarización perceptible en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la combinación del test de proporcionalidad y el margen de apreciación nacional ofrecen un amplio margen para el casuismo y la subjetividad de la decisión. Sólo una motivación escrupulosa y una explicitación de las circunstancias relevantes del caso que se valoran en cada decisión puede evitar que el margen resulte excesivo o desemboque en una decisión caprichosa o arbitraria.
- 13) En el asunto *Bowman* está en juego la valoración de la prohibición de emplear más de cinco libras esterlinas en la promoción de candidatos concretos en campaña electoral (salvo que se haga mediante un periódico o de la Corporación de Radiodifusión Británica). El tribunal entendió que aunque la medida estaba amparada en la finalidad de preservar la equidad electoral y la independencia de los candidatos, resultaba desproporcionada y vulneraba la libertad de expresión. Sin embargo, las opiniones disidentes entendían que la restricción no era

contraria al convenio y podía adoptarse en virtud del margen de apreciación nacional y de la potestad de un Estado para organizar sus propias elecciones. Aunque la señora Bowman hubiera tenido otras opciones para informar a los electores de las opiniones de los candidatos acerca del aborto, para el tribunal en el caso concreto no fueron accesibles o no hubieran servido oportunamente a dicha finalidad.

- 14) El examen del caso Bowman y de otras sentencias del tribunal en materia de libertad de expresión en el ámbito electoral evidencia que las regulaciones de muchos estados parecen obsoletas en relación con el panorama actual de los medios de comunicación y de los instrumentos disponibles para el ejercicio de la libertad de expresión. Cada vez más, internet gana protagonismo en todas las campañas electorales; en contraste, la regulación específica al respecto es mínima. La norma suele centrarse aún en medios de radiodifusión, televisión y prensa.
- 15) En este contexto, a veces las prohibiciones tendentes a evitar que grandes grupos mediáticos, económicos o políticos puedan alterar o manipular la equidad y el pluralismo que deben presidir la concurrencia electoral terminan precisamente por representar un obstáculo para los ciudadanos, grupos o partidos políticos mucho más modestos que probablemente no tengan otros medios para difundir sus mensajes. Los grandes grupos mediáticos disponen de otros recursos para influir en las campañas, en cambio las prohibiciones que los afectan indiscriminadamente (más aún si se excluyen de la prohibición medios “clásicos” como la prensa o la radio), o que impiden incluso la utilización de recursos económicos escasos, terminan afectando más a ciudadanos y partidos con recursos menores, que son quienes presumiblemente tendrán que recurrir a octavillas, mensajes en internet, o, como en el caso *Tv Vest As y Rogaland Pensjonistparti vs. Noruega*, a la contratación publicitaria televisiva por un partido porque su actividad tenía mucha menos cobertura que la de partidos más importantes.
- 16) En relación con lo anterior, es muy importante que pueda lograrse un contexto incluyente, en el que exista pluralismo político y social real, pluralismo informativo y mediático, y en el que se adopten medidas que impidan el oligopolio o las grandes concentraciones mediáticas. Por otro lado, la educación y la cultura de la población ayudarán también a evitar su manipulación por grupos políticos o mediáticos. Aunque la sociedad perfecta no existe, el objetivo de mejorar estos

aspectos es irrenunciable. En ese contexto, resultarían probablemente inútiles los mensajes políticos meramente publicitarios, o las operaciones tendentes a alterar los resultados electorales por medios distintos al fomento de un debate abierto, igualitario y plural sobre las propuestas. Cuanta más cultura y formación haya en una sociedad, y el acceso a la difusión de la información y las opiniones sea más igualitario y repartido, menos necesarias serán las prohibiciones o limitaciones legales que, para conseguir un fin legítimo, han de injerirse en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

- 17) Mientras ese momento llega, conviene regular el mercado de las comunicaciones para evitar los oligopolios o cuasimonopolios, reducir acaso la mera publicidad electoral y fomentar en cambio los debates entre candidatos, o las vías de comunicación entre ellos y los electores. Las nuevas tecnologías ofrecen posibilidades hasta hace poco impensables en este terreno y posibilitan formas mucho más económicas de poner en marcha la campaña electoral. Por ejemplo, un debate abierto entre candidatos, sea por televisión, radio o internet, o la utilización de las redes sociales son medios que cuestan mucho menos dinero que los clásicos carteles, mítines o la contratación de anuncios, y pueden incluso generar beneficios.
- 18) Por lo demás, siempre conviene tener presente que los límites a los derechos fundamentales, y en particular a la libertad de expresión, deben interpretarse de forma restrictiva.

Fuentes consultadas

- Aguilera Vaqués, Mar. 2009. Derechos de participación política: el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento europeo y en las municipales. En *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a uno integrado*, coords. Javier García Roca y Pablo A. Fernández Sánchez, 589-619. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez Conde, Enrique y Alicia López de los Mozos Díaz-Madroñero, coords. 2011. *Estudios sobre la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la reforma continua y discontinua*. Madrid: Instituto de Derecho Público.

- Aranda Álvarez, Elviro. 2011. La reforma electoral. Los cambios que afectan a las campañas electorales. En Álvarez y López 2011, 355-77.
- Arnaldo Alcubilla, Enrique y José Luis Gil Ibáñez. 2009. Campaña electoral. En *Diccionario electoral*, coords. Enrique Arnaldo Alcubilla y Manuel Delgado-Iribarren García-Campero, 51-9. Madrid: La Ley.
- Bachof, Otto. 2010. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* 2.^a ed. Lima: Palestra.
- Buendía Hegewisch, José y José Manuel Azpiroz Bravo. 2011. *Medios de comunicación y la reforma electoral 2007-2008. Un balance preliminar*. México: TEPJF.
- Bustos Gisbert, Rafael. 2009. *Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática*. En García y Santaolaya 2009, 591-628.
- Cano Bueso, Juan. 2011. Democracia política y representación ciudadana. Internet y las nuevas formas de participación. En Álvarez y López 2011, 141-59.
- Carbonell, Miguel. 2008. *La libertad de expresión en materia electoral*. México: TEPJF.
- Díez-Picazo Giménez, Luis María. 2008. *Sistema de derechos fundamentales*. 3.^a ed. Madrid: Thomson-Civitas.
- García Mahamut, Rosario y Artemi Rallo Lombarte. 2013. "Neutralidad y pluralismo de los medios de comunicación en las campañas electorales: la reforma de la LOREG de 2011". *Revista Española de Derecho Constitucional* 98 (mayo-agosto).
- García Roca, Javier. 2009. Compromiso internacional de los estados de organizar elecciones. En García y Santaolaya 2009, 897-927.
- . 2010. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Soberanía e integración*. Madrid: Civitas.
- y Pablo Santaolaya, coords. 2009. *La Europa de los derechos*. 2.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Giménez Glück, David. 2004. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch.

- Mateos y de Cabo, Oscar. 2011. *La campaña electoral en la Ley Orgánica 2/2011. Una reforma democratizadora*. En Álvarez y López 2011, 329-54.
- Rebato Peño, María Elena. 2004. La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, comp. Francisco Javier Díaz Revorio. Lima: Palestra.
- Roldán Xopa, José. 2011. *Libertad de expresión y equidad. ¿La Constitución contra sí misma?* México: TEPJF.
- TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1987. Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica.
- . 1992. Castells vs. España.
- . 1998. Bowman vs. el Reino Unido (141/1996/760/961).
- . 1999. Matthews vs. el Reino Unido.
- . 2008. TV Vest As y Rogaland Pensjonistparti vs. Noruega.
- . 2009. Féret vs. Bélgica.
- Temkin Yedwab, Benjamín y Rodrigo Salazar Elena. 2010. *Libertad de expresión y campañas negativas*. México: TEPJF.

Bowman vs. el Reino Unido.
(141/1996/760/961). *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*,
número 11 de la colección Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras,
se terminó de imprimir en diciembre de 2016
en Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V. (IEPSA),
calzada San Lorenzo 244, colonia Paraje San Juan,
CP 09830, Ciudad de México.

El cuidado de esta edición estuvo a cargo de IEPSA.

Su tiraje fue de 2,500 ejemplares.